

# VU Research Portal

## De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht

Jurgens, G.T.J.M.; van Ommeren, F.J.

2009

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Jurgens, G. T. J. M., & van Ommeren, F. J. (2009). *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht*. Boom Juridische uitgevers.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

De opmars van het onderscheid tussen  
publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht



**DE OPMARS VAN  
HET ONDERSCHIED TUSSEN  
PUBLIEKRECHT EN PRIVAATRECHT  
IN HET ENGELSE RECHT**

**VANUIT RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF**

***WITH A SUMMARY IN ENGLISH:  
THE RISE OF THE PUBLIC-PRIVATE DIVIDE IN ENGLISH LAW***

**PROF. MR. G.T.J.M. JURGENS  
PROF. MR. F.J. VAN OMMEREN**

Boom Juridische uitgevers  
Den Haag  
2009

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft  
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2009 Gerdy Jurgens en Frank van Ommeren / Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-8974-127-1  
NUR 820

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

*Aan Loïk en Nina*



# VOORWOORD

Van oudsher kennen common law-stelsels geen uitdrukkelijk onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Dit onderscheid wordt in Engeland traditioneel dan ook beschouwd als een '*continental distinction*'. Maar de tijden veranderen.

Dit boek vormt het verslag van een zoektocht naar de opkomst van dit onderscheid in het Engelse recht. Onze speurtocht begint in 1982, bij een mijlpaal in de jurisprudentie over de toegang tot de rechter, waarin de scheiding van publiek- en privaatrecht formeel wordt gemarkeerd. We kijken vervolgens naar de betekenis van de Human Rights Act 1998 voor dit onderscheid en eindigen met een blik op enige andere consequenties van dit onderscheid, die met name op materieelrechtelijk vlak liggen.

De opkomst van dit onderscheid mondt in het bijzonder uit in de vraag in hoeverre het optreden van private instellingen die een publieke taak uitoefenen – daar zijn er in het Verenigd Koninkrijk heel veel van – vatbaar is voor toetsing door de bestuursrechter en in hoeverre dit optreden onderworpen is aan normen van publiekrechtelijke herkomst, zoals de mensenrechten. Het Engelse debat is met name relevant voor de discussie die in Nederland wel wordt aangeduid als de *publieke-taak*discussie (zie de gelijknamige Staatsrechtconferentie in 2002 en de preadviezen van de Vereniging voor bestuursrecht, de VAR, in 2008 onder de titel *Privaat bestuur?*).

Daartoe blijft de relevantie van dit onderzoek echter niet beperkt. Het vormt eveneens een uitstekende ondergrond voor de bestudering van andere onderwerpen die zich op het grensvlak van publiekrecht en privaatrecht bevinden, zoals het overheidscontractenrecht, het overheidsaansprakelijkheidsrecht en het leerstuk van de openbare zaken. Deze onderwerpen gaan echter, enige zijdelingse opmerkingen daargelaten, het bestek van dit boek te buiten.



Deze uitgave is de vrucht van een gezamenlijk onderzoeksverblijf in het Verenigd Koninkrijk aan de School of Law van de Queens University Belfast. Wij zijn de School of Law zeer erkentelijk voor de geboden faciliteiten. Onze dank gaat uit naar de vele collega's door wie wij buitengewoon gastvrij zijn ontvangen. In het bijzonder willen wij Gordon Anthony en John Morison graag dankzeggen voor de leerzame gesprekken die wij regelmatig met hen mochten voeren. Aan de Nederlandse zijde bedanken wij graag Niels Jak en Sjoerd Zijlstra voor hun commentaar op het manuscript.

Het was een zeer bijzondere ervaring om met onze kinderen, Loïk en Nina, enige maanden te leven in een stad met een sterk beladen achtergrond en daar de nieuwe, zeer op de toekomstgerichte cultuur op te snuiven. Aan hen dragen wij dit boek op.

Utrecht, maart 2009

*Gerdy Jurgens en Frank van Ommeren*

# INHOUD

<b>LIJST VAN AFKORTINGEN</b>	<b>XIII</b>
<b>HOOFDSTUK 1 – INLEIDING</b>	<b>1</b>
1.1 ‘Civil law’ en ‘common law’	1
1.2 Probleemstelling	2
1.3 Rechtsvergelijking	4
1.4 Engels recht	5
1.5 Verantwoording	6
1.6 Opbouw van het boek	7
<b>HOOFDSTUK 2 – CONSTITUTIONELE EN POLITIEK- BESTUURLIJKE ACHTERGRONDEN</b>	<b>9</b>
2.1 Inleiding	9
2.2 De grondslag van de rechterlijke bevoegdheid	10
2.3 Engels bestuursrecht	12
2.4 De gewone rechter	14
2.5 Politiek-bestuurlijke achtergronden	15
2.6 Bevindingen	19
<b>HOOFDSTUK 3 – HET SYSTEEM VAN RECHTSBESCHERMING TEGEN DE OVERHEID</b>	<b>21</b>
3.1 Inleiding	21
3.2 Een lappendeken: tribunals en courts	22
3.3 Judicial review	24
3.4 De judicial review-procedure: verplicht of facultatief?	27
3.5 Bevindingen	28

<b>HOOFDSTUK 4 – DE SCHEIDING VAN</b>	
<b>PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT</b>	<b>31</b>
4.1 Inleiding	31
4.2 Waarom nog de gewone procedure?	32
4.3 De exclusiviteitsregel	34
4.4 Publiekrechtelijke geschillen	37
4.5 Bevindingen	39
 <b>HOOFDSTUK 5 – TOEGANG TOT DE BESTUURSRECHTER</b>	 <b>41</b>
5.1 Inleiding	41
5.2 De source-of-powertest: de wettelijke grondslag en de koninklijke prerogatieven	42
5.3 Contractuele bevoegdheden	44
5.4 De public-functiontest	47
5.4.1 Inleiding	47
5.4.2 Gezichtspunten voor de public-functiontest	49
5.4.3 De gezichtspunten nader beschouwd	57
5.5 De functie van de publieke-taaktest	58
5.6 De public-functiontest vanuit constitutioneel perspectief	60
5.7 Bevindingen	64
 <b>HOOFDSTUK 6 – DE HUMAN RIGHTS ACT 1998</b>	 <b>67</b>
6.1 Inleiding	67
6.2 Introductie op de Human Rights Act 1998	68
6.3 Het begrip ‘overheid’ in de HRA	69
6.3.1 Geen horizontale werking?	69
6.3.2 ‘Core’ en ‘hybrid’ public authorities	71
6.4 YL versus Birmingham City Council	74
6.4.1 De casus	74
6.4.2 Waarom voert het verzorgingstehuis geen ‘function of a public nature’ uit?	75
6.4.3 De wetgever aan zet	78

6.5	‘Functions of a public nature’	80
6.5.1	Gezichtspunten voor de ‘function of a public nature’	80
6.5.2	Argumenten voor en tegen een ruime invulling van de ‘function of a public nature’	86
6.6	Bevindingen	89

## **HOOFDSTUK 7 – VERGELIJKING TUSSEN JUDICIAL REVIEW EN DE HRA** **91**

7.1	Inleiding	91
7.2	‘Klassieke’ overheidsinstanties oftewel ‘core public authorities’	92
7.2.1	De Human Rights Act 1998	92
7.2.2	Judicial review	93
7.3	Private instanties met een publieke taak oftewel ‘hybrid public authorities’	95
7.3.1	De publieke-taakttesten	95
7.3.2	Overheveling van een taak van de klassieke overheid naar een private instantie	96
7.4	Een institutionele en een functionele benadering	98
7.5	Bevindingen	99

## **HOOFDSTUK 8 – DE ZOEKTOCHT VOORTGEZET** **101**

8.1	Inleiding	101
8.2	Bredere betekenis van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht?	102
8.3	De doctrine: beoordeling	105
8.3.1	Verschillende opvattingen	105
8.3.2	Een multifunctionele benadering	108
8.3.3	Drie posities in het debat	110
8.4	Publieke taak: van ‘government’ naar ‘governance’	111
8.4.1	De governance-benadering	111
8.4.2	Betekenis voor het staats- en bestuursrecht	113
8.5	Bevindingen	116

<b>HOOFDSTUK 9 – SAMENVATTING EN CONCLUSIES</b>	<b>119</b>
<b>CHAPTER 10 – SUMMARY: THE RISE OF THE PUBLIC-PRIVATE DIVIDE IN ENGLISH LAW</b>	<b>129</b>
<b>BIJLAGEN</b>	<b>137</b>
Wet- en regelgeving	139
Civil Procedure Rules (uittreksel)	139
Human Rights Act 1998 (uittreksel)	143
Verkort aangehaalde literatuur	145
Jurisprudentieregister	151
Trefwoordenregister	155

# LIJST VAN AFKORTINGEN

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AC	Appeal Cases
ALL ER	All England Law Reports
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BR	Bouwrecht
CLJ	Cambridge Law Journal
CLP	Current Legal Problems
CPR	Civil Procedure Rules
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EWCA	Court of Appeal, England and Wales
EWHC	High Court, England and Wales
HMSO	Her Majesty's Stationary Office
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HRA	Human Rights Act 1998
HRLR	Human Rights Law Reports
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht Plus
LJ	Lord Justice
LQR	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
MR	Master of the Rolls
NI	Northern Ireland Law Report
NIJB	Northern Ireland Judgments Bulletin
NIQB	Northern Ireland Queen's Bench
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

PL	Public Law
QB	Queen's Bench Law Reports
Rb	Arrondissementsrechtbank
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RSC	Rules of Practice of the Supreme Court
SCA	Supreme Court Act
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
TCEA	Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007
UKHL	United Kingdom House of Lords
WLR	Weekly Law Reports

# HOOFDSTUK 1

## INLEIDING

### 1.1 ‘Civil law’ en ‘common law’

Een typerend verschil tussen ‘*civil law*’- en ‘*common law*’-stelsels betreft het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Terwijl in de civil law traditie van oudsher grote betekenis wordt toegekend aan dit onderscheid,<sup>1</sup> speelde het tot betrekkelijk kort geleden vrijwel geen rol in common law-stelsels.

Dat het onderscheid bij continentale, in de civil law traditie opgeleide, juristen sterk is ingeslepen, betekent evenwel niet dat het om een helder onderscheid gaat en dat over de grenzen tussen publiekrecht en privaatrecht niet wordt gediscussieerd. Het trekken van een scherpe scheidslijn tussen publiekrecht en privaatrecht stelt continentale juristen vaak voor lastig te beantwoorden vragen. Dit is zeker ook in Nederland het geval. Dat wij het label ‘publiekrechtelijk’ afficheren met hét overheidsoptreden – een op het eerste gezicht wellicht voor de hand liggende gedachte – is een te simpele voorstelling van zaken. Wij zien bijvoorbeeld dat de overheid, ook buiten de gevallen die in onze tijd wel worden aangeduid als ‘het aanschaffen van computers’, optreedt op een wijze die wij als privaatrechtelijk bestempelen. Een voorbeeld biedt het op basis van het eigendomsrecht van de overheid reguleren van het gebruik van grond.<sup>2</sup> Met een redenering die refe-

---

1 Allison, een buitenstaander, kwalificeert het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht zelfs als ‘*summa divisio*’ in de civil law-traditie. Zie Allison 2007, p. 698 e.v.

2 Enige voorbeelden uit de jurisprudentie: Pres. Rb Den Haag 30 september 1994, AB/Awb-katern 1995, 40 (weigerig verhuur standplaats) en Pres. Rb. Almelo 9 november 1994, AB/Awb-katern 1995, 90 (weigerig verkoop bouwkaavel).



reert aan de publieke taak van de overheid, wordt dergelijk op het eerste gezicht privaatrechtelijk optreden echter soms als publiekrechtelijk gekwalificeerd (zie de Long Lin-uitspraak).<sup>3</sup> Aandacht vraagt ook dat instanties buiten de traditionele hoofdstructuur van de overheidsorganisatie opereren op terreinen die wij desondanks tot het overheidsdomein bestempelen. Aan dit soort instanties worden soms typische overheidsbevoegdheden toegekend (het nemen van eenzijdige burgers bindende besluiten), maar vaak ook is hun optreden niet heel eenduidig gedefinieerd. Voor het al dan niet als publiekrechtelijk kwalificeren van dit optreden worden dan nieuwe criteria gezocht (zie de uitspraak inzake de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers).<sup>4</sup>

Hoewel publiekrecht en privaatrecht lastig af te bakenen gebieden zijn, en traditioneel ook door juristen uit de common law traditie fundamentele kritiek op het onderscheid werd uitgeoefend,<sup>5</sup> kan inmiddels echter worden geconstateerd dat het onderscheid toch een rol is gaan spelen in stelsels uit de common law traditie. Juist vanwege die betrekkelijk recente ontwikkeling en de in oorsprong kritische houding tegenover het onderscheid, is het interessant om te bestuderen op welke wijze het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een plaats heeft gekregen in een belangrijk common law systeem als dat van Engeland.

## 1.2 Probleemstelling

Dit onderzoek vormt een zoektocht naar de opkomst van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in Engeland. De centrale vraag is in hoeverre het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een rol is gaan spelen in het Engelse recht en welke betekenis

---

3 ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498 m.nt. G.A. van der Veen; AB Klassiek, 5<sup>e</sup> druk, Deventer 2003, nr. 32 m.nt. G.A. van der Veen.

4 ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra; AB Klassiek, 5<sup>e</sup> druk, Deventer 2003, nr. 34 m.nt. G. Overkleef-Verburg.

5 In het bijzonder valt hier de gezaghebbende naam van Dicey te noemen. Zie verder hoofdstuk 2.

aan dit onderscheid moet worden toegekend. Ter beantwoording hiervan zijn twee deelvragen te onderscheiden:

1. Met het oog waarop – waarvoor – wordt het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht gemaakt?
2. Aan de hand van welke criteria – hoe – wordt de grens tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht getrokken?

Met de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag wordt inzicht gekregen in de redenen waarom in het Engelse recht dit onderscheid wordt gemaakt. Zo is in Nederland de vraag of een bestuurshandeling als publiekrechtelijk, en meer in het bijzonder als ‘besluit’ in de zin van de Awb, kan worden gekwalificeerd, van belang voor de toegang tot de bestuursrechter. Ook in Engeland is het onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelen van belang voor de rechtsbescherming. Een andere reden waarom het onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden van belang is, is dat daaraan gevolgen zijn verbonden voor het recht dat op dat handelen van toepassing is. Dat is in Engeland het meest duidelijk het geval met de toepasselijkheid van de Human Rights Act 1998, maar daar niet alleen.

De beantwoording van de tweede onderzoeksvraag biedt inzicht in de maatstaven die in het Engelse recht worden aangelegd om het onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden te maken. Wordt bijvoorbeeld betekenis toegekend aan de aard van de instantie die optreedt, of aan de rechtsgrondslag op basis waarvan wordt opgetreden? Of zijn er nog andere criteria, zoals bijvoorbeeld de aard van de taak die wordt uitgevoerd, die bij de kwalificatie een rol spelen? En wat zijn dat dan voor een soort criteria: hebben zij een institutioneel of functioneel karakter? Ook op dit soort vragen zal een antwoord worden gezocht.

Bij beide onderzoeksvragen beperken wij ons niet tot het in kaart brengen van de stand van het positieve recht, maar reflecteren wij ook op hetgeen we hebben aangetroffen. Vanzelfsprekend worden hierbij ook de oordelen uit de Engelse doctrine over de opkomst van

dit onderscheid betrokken. In het bijzonder komt daarbij aan de orde hoe in de literatuur de huidige grens tussen publiek- en privaatrecht wordt beoordeeld.

Naar vrij vlug zal blijken, speelt bij de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht de uitoefening van de publieke taak een belangrijke rol. Van wezenlijk belang is dat de publieke taak niet uitsluitend door de overheid in klassieke zin wordt uitgevoerd, maar ook door andere instanties. De vele en uiteenlopende vragen naar de betekenis van dit fenomeen worden in de Engelse literatuur wel aan de orde gesteld onder de vlag van de zogeheten ‘*governance*’-benadering, waarop wij met name aan het eind van deze uitgave zullen ingaan. In Nederlandse rechtsliteratuur spreken we in dit verband wel van het publieke-taakdebat.<sup>6</sup> Dit onderzoek biedt inspiratie voor de discussie die hierover in Nederland wordt gevoerd.

De relevantie van dit onderzoek is echter ruimer. Het is ook van betekenis voor de analyse van andere leerstukken die zich in het grensgebied van publiekrecht en privaatrecht bevinden, zoals het overheidscontractenrecht, het overheidsaansprakelijkheidsrecht en het leerstuk van de openbare zaken (bij ons van oudsher ook wel aangeduid als het leerstuk van het publiek domein). Deze onderwerpen worden in dit boek echter niet als zelfstandige leerstukken besproken. Zij komen slechts aan de orde voor zover zij een bijdrage leveren aan de beide genoemde, meer algemene, onderzoeksvragen.

### 1.3 Rechtsvergelijking

In het onderhavige onderzoek wordt voor de vraag naar het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een rechtsvergelijking met Engeland, een land uit de common law traditie, verricht. Er zijn verschillende redenen waarom rechtsvergelijking zinvol is. De meestal als eerste genoemde, utilistische, beweegreden is dat door rechtsvergelijking het eigen rechtstelsel kan worden verbeterd. Een

---

6 Zie de Staatsrechtconferentie 2002 over de publieke taak (Sap, Vermeulen & Zoet-hout 2003). Vgl. ook de preadviezen van de VAR 2008 over privaat bestuur (Zijlstra, Van Gestel & Freriks 2008).

tweede beweegreden is om een beter begrip te krijgen van het eigen rechtssysteem; door het eigen rechtssysteem met een ander te vergelijken neemt het inzicht in beide rechtssystemen toe. Een derde beweegreden bouwt hierop voort, maar gaat verder: rechtsvergelijking laat iets zien van de ontwikkeling van het recht in het algemeen en van de wijze waarop fundamentele vraagstukken, die aan vrijwel alle rechtssystemen gemeenschappelijk zijn, een (uiteenlopende) oplossing krijgen.<sup>7</sup> Het is deze reden die de stuwende kracht vormt achter de problemstelling van dit boek.

Het accent in het onderzoek ligt op een analyse van het Engelse rechtssysteem. Daartegenover wordt geen stelselmatige beschrijving van het Nederlandse rechtssysteem gezet. Gekozen is voor een benadering om daar waar zich bij de beschrijving van het Engelse recht vergelijkingen met Nederland opdringen – in het bijzonder bij de ‘testen’ met behulp waarvan een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht kan worden gemaakt –, kort aandacht aan de Nederlandse situatie te besteden.

## 1.4 Engels recht

Het Verenigd Koninkrijk kent drie rechtssystemen: dat van Engeland en Wales, het Noord-Ierse en het Schotse. Waar wij schrijven over Engeland, bedoelen wij strikt genomen het rechtssysteem van Engeland en Wales. Het is ook in de Engelse literatuur gebruikelijk gemakshalve slechts over het Engelse recht te spreken. Het Noord-Ierse rechtssysteem is in hoofdzaak hetzelfde als dat van Engeland; dat geldt in grote lijnen ook voor de opmars van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Het Schotse rechtssysteem verschilt echter aanzienlijk van het Engelse, in het bijzonder op de procedurele aspecten; dat geldt zeker ook voor het onderwerp van dit geschrift.

---

<sup>7</sup> Vgl. Koopmans 2003, p. 6.

## 1.5 Verantwoording

Doel van het onderzoek is om in kaart te brengen hoe het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een plaats heeft gekregen in het Engelse rechtssysteem. Daarvoor vormt, naast de wetenschappelijke literatuur, in een common law-systeem de jurisprudentie een zeer belangrijke bron. In een wetenschappelijke bijdrage over een vraagstuk in een stelsel van common law is het niet ongebruikelijk bij de weergave van positief recht een zo uitputtend mogelijk jurisprudentieoverzicht te geven. Wij hebben dat niet gedaan. In de eerste plaats zou dat zijn doel voorbij schieten: het gaat ons erom de hoofdlijn van een ontwikkeling te laten zien. In de tweede plaats zou een uitputtende bespreking de omvang van deze uitgave ver te buiten gaan. Wij hebben er daarom voor gekozen per deelonderwerp steeds de belangrijkste uitspraken in ons betoog te betrekken. De maatstaf daarbij was dat de uitspraken echt een ‘klassieker’ vormen in de rechtsontwikkeling en alom zo ook worden beschouwd of recentelijk in het brandpunt van de discussie zijn komen te staan.

Men moet overigens niet denken dat het hier verrichte onderzoek als het ware al klaar lag in het Verenigd Koninkrijk, en alleen nog maar voor de (buitenlandse) lezer uit de doeken hoefde te worden gedaan. Hoewel er in de Engelse literatuur al jaren een levendige discussie is over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en de relevantie daarvan – waaraan in vrijwel alle bestuursrechtelijke handboeken aandacht wordt besteed –, is deze fragmentarisch van aard en blijkt er, enigszins tot onze verrassing, vrijwel geen literatuur te zijn waarin het hele verhaal van a tot z wordt verteld. Een vergelijkbaar boek als het onderhavige zal men in de Engelse literatuur dan ook (nog) niet aantreffen. Dat komt waarschijnlijk mede doordat het een tamelijk recente geschiedenis is. Dat vormt voor ons een reden te meer onze eigen zoektocht te ondernemen.

## 1.6 Opbouw van het boek

De opbouw van deze uitgave is als volgt. De hoofdstukken 2 en 3 zijn voorbereidende hoofdstukken die nodig zijn voor het eigenlijke onderzoek. Zij bevatten noodzakelijke achtergrondinformatie over het Engelse recht en zijn opgenomen omdat dit boek is geschreven voor een Nederlands publiek, dat doorgaans niet dezelfde voorkennis heeft als Britse juristen. Hoofdstuk 2 bevat de constitutionele en politiek-bestuurlijke achtergronden en hoofdstuk 3 schetst het Engelse systeem van rechtsbescherming tegen overheidsoptreden.

Hoofdstuk 4 bevat de eerste stap van onze zoektocht naar de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Het laat zien hoe in de rechtspraak die betrekking heeft op de toegang tot de rechter, dit onderscheid in het Engelse recht uitdrukkelijk is geïntroduceerd en hoe daarmee in – procedureel opzicht – wordt omgegaan.

De kern van het boek wordt gevormd door de hoofdstukken 5 en 6. Daarin worden de criteria en gezichtspunten besproken aan de hand waarvan naar Engels recht onderscheid wordt gemaakt tussen publiek- en privaatrecht. Hoofdstuk 5 betreft de criteria die worden gebruikt om een onderscheid te kunnen maken tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtsverhoudingen voor de toegang tot de rechter, en hoofdstuk 6 heeft betrekking op deze criteria voor de toepassing van bepaalde maatstaven van materieel recht, te weten de mensenrechten op grond van de Human Rights Act 1998. De in deze hoofdstukken gevonden criteria en gezichtspunten worden vergeleken met de criteria die in Nederland worden aangelegd om een onderscheid te maken tussen publiek- en privaatrecht.

De hoofdstukken 7 en 8 bieden de verdieping die op grond van het eigenlijke onderzoek kan plaatsvinden, door in te gaan op een aantal vervolgvragen die uit het voorafgaande voortvloeien. Hoofdstuk 7 vergelijkt de resultaten van de eerdere twee hoofdstukken: wat zijn de overeenkomsten en verschillen tussen de gevonden criteria, om een onderscheid te maken tussen publiek- en privaatrecht, voor de toegang tot de rechter enerzijds en de toepasselijkheid van de

HRA anderzijds? In hoofdstuk 8 wordt bekeken met welke andere oogmerken het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nog meer wordt gemaakt dan de oogmerken die we reeds hebben aangetroffen, en wordt gezien hoe de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht moet worden beoordeeld.

Hoofdstuk 9 bevat de samenvatting met de conclusies. In dat hoofdstuk worden de beide onderzoeksvragen beantwoord. Hoofdstuk 10 ten slotte bevat een Engelstalige samenvatting.

## HOOFDSTUK 2

# CONSTITUTIONELE EN POLITIEK-BESTUURLIJKE ACHTERGRONDEN

### 2.1 Inleiding

Alvorens daadwerkelijk op het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht te kunnen ingaan, dient een schets te worden gegeven van enkele belangrijke kenmerken van het Engelse rechtssysteem waarin dit onderscheid een rol is gaan spelen. Onze zoektocht naar de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht begint straks op formeel – meer precies: procesrechtelijk – terrein: de toegang tot de rechter. Daarom zal in dit hoofdstuk worden stilgestaan bij de positie van de rechter in het kader van de beoordeling van overheidshandelen. Allereerst is daarvoor relevant de constitutionele verankering van de taak en positie van de rechter die in het Engelse rechtssysteem het handelen van de overheid beoordeelt. Daarover gaat paragraaf 2.2. Daarnaast wordt in paragraaf 2.3 kort stilgestaan bij de opkomst van het bestuursrecht als rechtsgebied binnen het Engelse recht. Deze opkomst is nauw verbonden met het ontstaan van het Engelse stelsel van bestuursrechtspraak. Op het vlak van de rechtsbescherming is het ten slotte van belang kort aandacht te besteden aan de positie van de gewone rechter. Dat gebeurt in paragraaf 2.4. De vraag naar de mogelijkheden om ‘recht te zoeken’ bij een andere rechter, de gewone rechter, geeft immers meer reliëf aan de vraag naar het belang van de toegang tot de bestuursrechter.



Het is van belang het soort vraagstukken en rechtszaken dat in het bijzonder een bijdrage heeft geleverd aan het markeren van de grens tussen publiek- en privaatrecht, te plaatsen tegen de achtergrond van de politiek-bestuurlijke ontwikkelingen die de vragen en rechtszaken hebben beïnvloed. Daarom moet hier aandacht worden besteed aan het feit dat juist de periode waarin het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een grotere rol is gaan spelen in het Engelse recht, wordt gekenmerkt door een verschuiving van activiteiten die voorheen door de overheid werden verricht naar de private sector. Met de receptie van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht zag men zich in het Engelse recht voor kwalificatievragen gesteld die niet werden gedomineerd door een traditie waarin dat onderscheid langs al lang vaststaande lijnen werd getrokken. Op deze politiek-bestuurlijke achtergronden, die de beantwoording van de onderzoeksvragen kleuren, wordt in paragraaf 2.5 ingegaan.

## 2.2 De grondslag van de rechterlijke bevoegdheid

Britse bestuursrechtelijke handboeken beginnen vrijwel steevast met de opmerking dat Engeland traditioneel *geen apart systeem van bestuursrecht* kent. Pas vanaf de tweede helft van de vorige eeuw is hierin verandering gekomen. De grondlegger van de klassieke opvatting was de zeer invloedrijke negentiende-eeuwse staatsrechtgeleerde Dicey. Volgens Dicey moest iedereen, ongeacht welke positie hij in het recht innam en ongeacht of hij nu burger of overheid was, door dezelfde rechter aan de hand van dezelfde soort maatstaven worden beoordeeld. Dicey grondvestte zijn opvatting in de *rule of law* en meer in het bijzonder in het traditionele uitgangspunt dat eenieder voor het recht gelijk is. Dicey vreesde dat de overheid door een bestuursrechter zou worden beoordeeld en dat zij aan minder strenge normen onderworpen zou zijn dan de burger. Met het ontbreken van een systeem van bestuursrecht werd dus op twee verschillende zaken gedoeld: er was geen aparte bestuursrechter en er waren geen aparte toepasselijke bestuursrechtelijke rechtsregels. Dit wilde overigens niet zeggen dat er geen speciaal voor de overheid bestemde rechtsregels

zouden zijn, maar wel dat aan deze regels geen wezenlijk eigen karakter werd toegedicht. Net zo goed als er speciale rechtsregels voor banken, werkgevers of huurders waren, waren er regels die louter voor de overheid bestemd zijn; maar publiekrechtelijk heetten deze regels in de klassieke opvatting niet.<sup>1</sup>

Dat het overheidshandelen door een (gewone) *rechter* kan worden getoetst, is in de Engelse verhoudingen vanzelfsprekend. De bevoegdheid van de rechter wordt traditioneel niet alleen gebaseerd op de rule of law, maar eveneens op de *sovereignty of parliament*. In de traditionele visie is het de taak van de rechter te verzekeren dat de overheid binnen de grenzen van de haar door het parlement<sup>2</sup> toegekende bevoegdheden blijft en voorts dat zij zich houdt aan de eisen van *natural justice* die voortvloeien uit de common law.<sup>3</sup> Naast de toetsing aan deze laatste eisen<sup>4</sup> is het aldus de primaire taak van de rechter te beoordelen of de overheid *intra vires* dan wel *ultra vires* heeft gehandeld. Voor zover de overheid haar bevoegdheden heeft overschreden, dient de rechter in te grijpen. In dit licht valt te begrijpen waarom ook zonder dat de wetgever een speciale rechtsgang in het leven heeft geroepen, de rechter bevoegd is het handelen van de overheid te beoordelen. Deze algemene mogelijkheid tot rechterlijke controle van het overheidsoptreden wordt aangeduid als *judicial review*.<sup>5</sup> Judicial review wordt aldus beschouwd als een *aspect* van de parlementaire soevereiniteit.<sup>6</sup> Kortom, de toetsing door de rechter van het overheidshandelen vormt in Engeland het sluitstuk van de rule of law, die begint bij de sovereignty of parliament.

---

1 Dicey 1959, p. 193.

2 Naar Engels recht zijn de wetgever en het parlement synoniemen: de koningin en de ministers maken tevens deel uit van het parlement.

3 Barnett 2006, p. 719.

4 De eisen van natural justice kunnen hier buiten beschouwing blijven. Het gaat in het bijzonder om procedurele eisen zoals het beginsel van hoor- en wederhoor en het verbod van vooringenomenheid. 'Natural justice' wordt tegenwoordig ook wel aangeduid als 'procedural impropriety'.

5 Zie over de verschillende wegen waarlangs rechtsbescherming tegen de overheid plaatsvindt verder hoofdstuk 3.

6 Barnett 2006, p. 720.

Als derde pijler voor de bevoegdheid van de rechter in dezen kan de *machtenscheiding* worden genoemd: de rechter is onafhankelijk van de executieve. Dat is overigens de enige zin waarin de (ongescreven) constitutie van het Verenigd Koninkrijk gebaseerd is op de idee van de machtenscheiding.<sup>7</sup>

De constitutionele verankering van de rol en positie van de rechter die het handelen van de overheid beoordeelt, is van belang voor de beoordeling van de reikwijdte van bestuursrechtspraak. Dat de rechter met zijn toetsing van het overheidsoptreden iets verder kan gaan dan een toetsing op *illegality* kan met deze traditionele visie worden verenigd door in de wil van de wetgever allerlei rechtmatigheidseisen ‘in te lezen’.<sup>8</sup> Het zal evenwel duidelijk zijn dat deze grondslag alleen kan verklaren waarom de rechter bevoegd is over het gebruik van *wettelijke* bestuursbevoegdheden te oordelen: buitenwettelijke bevoegdheden horen in deze benadering in het geheel niet thuis. Door recente uitbreidingen in de reikwijdte van de bestuursrechtspraak – in het bijzonder de ontwikkeling om in bepaalde gevallen het handelen van private instanties daaronder te brengen – is het debat over de grondslag van bestuursrechtspraak nieuw leven ingeblazen.<sup>9</sup>

### 2.3 Engels bestuursrecht

De rechterlijke toetsing van het overheidsoptreden – judicial review – mag dan een klassiek concept zijn, ze heeft pas recentelijk een aparte plaats in het recht, die hand in hand gaat met de opkomst van het bestuursrecht als apart rechtsgebied, verworven. Ondanks Dicey’s weerstand heeft een separaat systeem van bestuursrecht namelijk langzaam maar zeker het daglicht gezien. Binnen de rechterlijke orga-

---

7 Wade & Forsyth 2004, p. 21 en 22 onder verwijzing naar het arrest *Duport Steels v. Sirs*.

8 Er is een overvloed aan literatuur over de *gronden* voor judicial review; ieder bestuursrechtelijk handboek besteedt er uitgebreid aandacht aan. Het gaat hier naast de toets op *illegality* met name om zaken die wij de willekeurtoets zouden noemen (*irrationality*), het verbod van vooringenomenheid en de procedurele zorgvuldigheid (*procedural impropriety*). Zie daarvoor bijvoorbeeld Zwart 1999, p. 104, 105.

9 Wij komen daarop terug in paragraaf 5.6.

nisatie is er een bestuursrechter gekomen (*Administrative Court*), die tot taak kreeg judicial review te verrichten.

Het kon niet uitblijven dat ook de vraag naar de toegang tot de bestuursrechter van belang zou worden, en in het verlengde daarvan de vraag naar het toepasselijke bestuursrecht. Had het bestuursrecht, voor zover het al werd onderscheiden, eerst nog een 'gewone' statuut, net zoals allerlei andere specialistische deelgebieden van het recht, geleidelijk aan is het zich, mede vanuit de constitutionele fundamenteën, aan het ontwikkelen tot een rechtsgebied met een bijzondere status: die van publiekrecht.

De ontwikkeling van het bestuursrecht als apart rechtsgebied, die met name is gevolgd uit de ontwikkeling in het systeem van rechtsbescherming, heeft in ieder geval een duidelijke weerslag in de wijze waarop het vakgebied van het bestuursrecht in het Engelse recht wordt bestudeerd. Wanneer men bijvoorbeeld de Engelse handboeken over bestuursrecht erop naslaat, valt op dat daarin vooral aandacht wordt besteed aan rechtsbeschermingsvraagstukken en aan de toetsingsnormen van het overheidshandelen. Daarentegen wordt nauwelijks aandacht besteed aan (de kenmerken van) de verschillende soorten bestuurshandelingen, zoals dat in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur pleegt te gebeuren.

Had bestuursrecht tot voor kort onder Engelse juristen een slechte naam – ongetwijfeld mede de erfenis van Dicey – tegenwoordig heeft een heel andere visie de overhand: in *De Smith's Judicial Review*, hét gezaghebbende handboek over 'judicial review', heet het nu:

'English administrative law is now one of the most celebrated products of our common law, and doubtless the fastest developing over the past half-century.'<sup>10</sup>

Het kan verkeren.

---

10 *De Smith's* 2007, p. 8.

## 2.4 De gewone rechter

Voordat we ingaan op het systeem van de rechtsbescherming en in het bijzonder op de toegang tot de bestuursrechter is het van belang nog even te kijken naar die andere rechter, de rechter met wie een goede taakverdeling moet worden verkregen: de gewone rechter. Men zou wellicht kunnen denken dat voor zover de bestuursrechter niet bevoegd is, de gewone rechter (*ordinary court*) deze lacune zou kunnen opvullen, vergelijkbaar met de wijze waarop naar Nederlands recht de burgerlijke rechter als rest-rechter fungeert. Van wezenlijk belang is echter dat de gewone rechter naar Engels recht in veel gevallen er niet aan te pas kan komen het bestuurlijke optreden te beoordelen.

Dit hangt onder meer samen met het karakter van het common law stelsel: het is een systeem dat uitgaat van *actierecht*. Rechten zijn afhankelijk van *remedies*. In zeer algemene termen gesteld, is in een stelsel van actierecht niet de primaire vraag of een rechtsregel is geschonden, maar of de rechter een bepaalde remedy ter beschikking staat. In een actierechtstelsel staat de actie voorop en wordt pas in het verlengde daarvan gekeken naar de gronden waarop deze kan worden gebaseerd. Het probleem met de toetsing van bestuurlijk optreden is dat de gewone rechter in veel gevallen – te denken valt met name aan de alledaagse gevallen: een vergunning is ten onrechte verleend, geweigerd of ingetrokken – geen geschikte remedy ter beschikking staat. De privaatrechtelijke remedies worden te zwak of ineffectief geacht om een adequate reactie te bieden op het vermeend onrechtmatige overheidsoptreden.<sup>11</sup>

Daarbij dient te worden bedacht dat het feit dat de overheid ‘ultra vires’ heeft gehandeld, nog niet betekent dat zij naar privaatrecht aansprakelijk is voor dit handelen. Het Engelse recht kent met andere woorden niet een gelijkstelling van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke onrechtmatigheid. Voor een succesvolle actie uit *torts* (onrechtmatige daad) ter verkrijging van een schadevergoeding zal

---

11 Wade & Forsyth 2004, p. 32.

veelal sprake moeten zijn van *malice* (boos opzet) of *conscious abuse* (bewust misbruik).<sup>12</sup> Als daarvan geen sprake is, heeft de burger ook geen succesvolle actiemogelijkheid.

De gewone rechter staat dus vrijwel met lege handen. Dit zet de vraag naar de toegang tot de bestuursrechter nog meer op scherp. Hoe scherp, blijkt wel heel fraai uit de voor ons onderwerp zeer belangrijke *Take-over Panel*-uitspraak (ook wel: *Datafin*) – een zaak die nog uitvoerig aan de orde zal komen – waarin de vraag aan de orde was of de beslissing van een bepaalde instantie, het Take-over Panel, vatbaar was voor judicial review. Daarin werd in hoger beroep overwogen:

‘The principle issue in this appeal, and only issue which may matter in the longer term, is whether this remarkable body is above the law.’<sup>13</sup>

De laatste woorden van deze overweging verdienen bijzondere aandacht. Het is nogal wat om te stellen dat als de bestuursrechter geen kennis van dit geschil kan nemen, geen enkele rechter daartoe bevoegd is, met als ingrijpende consequentie dat dit optreden van de genoemde instantie zich aan de werking van het recht zou kunnen onttrekken.

## 2.5 Politiek-bestuurlijke achtergronden

Het is onmogelijk de ontwikkelingen in het bestuursrecht van een ander rechtsstelsel goed te begrijpen zonder aandacht te besteden aan de bestuurlijke achtergronden van dat land. Dat geldt zeker voor het Verenigd Koninkrijk, waar de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht samenviel met ingrijpende politiek-bestuurlijke veranderingen. Bovendien is het in het Engelse bestuursrecht, zowel in de rechtspraak als in de doctrine, meer dan bij ons gebruikelijk om aandacht te besteden aan andere dan strikt juridische factoren. Ook dat maakt het niet goed mogelijk om geheel van de politiek-bestuurlijke omstandigheden te abstraheren.

---

<sup>12</sup> Wade & Forsyth 2004, p. 785.

<sup>13</sup> *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 827 (Sir Donaldson M.R.).

Tot ver in de jaren zeventig van de vorige eeuw vormde de Britse overheid het toonbeeld van een traditionele, gesloten en omvangrijke organisatie met veel verschillende soorten diensten. Het was een behoudende en stabiele organisatie, waarin veranderingen in bestuursstijl betrekkelijk weinig voorkwamen. De verkiezing in 1979 van de conservatieve Margaret Thatcher als premier heeft hierin echter wezenlijke verandering gebracht, die tot op de dag van vandaag doorklinkt. Een golf van uitbestedingen, in de vorm van verzelfstandiging, privatisering, ‘*contracting-out*’, *public/private partnerships* en stimulering van zelfregulering zag het licht. Veranderingen en experimenten – sommige met succes, andere met hopeloos falen – waren en zijn nog steeds aan de orde van de dag.<sup>14</sup> Deze, neoliberal georiënteerde, beweging wordt vrij algemeen aangeduid met de benaming ‘*New Public Management*’ (NPM). NPM verwerpt de traditionele hiërarchische bureaucratische organisatiestructuren en wenst deze te vervangen door een marktgeoriënteerde en ‘business’-achtige dienstverlening. Privatisering maakt hiervan een belangrijk onderdeel uit. Vrijwel alle eerder genationaliseerde industrieën zijn geprivatiseerd. NPM gaat gepaard met zowel een op afslanking gerichte reorganisatie van de overheid (*‘Governmental Reform’*) als een andere, op deregulering gerichte, wijze van wet- en regelgeven (*‘Regulatory Reform’*). Kenmerkend is dat de marktwerking niet alleen als heilzaam concept wordt gezien voor terreinen waar het mechanisme van vraag en aanbod traditioneel een rol speelt, maar nu moet doorwerken tot in vrijwel alle hoeken van de samenleving: de gezondheidszorg, de sociale zekerheid, het milieu, de nutsvoorzieningen enzovoort.

Hoewel tegenwoordig meer afstand wordt genomen van het ongebreidelde marktdenken, wordt met nieuwe retoriek (*‘The Third Way’*) en voorzien van nieuwe labels zowel wat betreft de organisatie en de dienstverlening (*‘Modernising Government’*)<sup>15</sup> als de wijze van regelgeven (*‘Better Regulation’*) hierop tot de dag van vandaag voortgebouwd door de Labourregering. De behartiging van de *publieke*

---

<sup>14</sup> Zie Maron 2003.

<sup>15</sup> Zie, ook voor de betekenis hiervan onder de (huidige) Labourregering: Drewry 2007, p. 201 e.v. en Craig 2008, p. 132 e.v.

*taak* is meer dan ooit in andere handen terechtgekomen. De Britten staan hierin overigens niet alleen. Het is een ontwikkeling die ook in andere landen op grote schaal heeft plaatsgevonden en in verschillende vormen nog steeds plaatsheeft; Nederland vormt daarin geen uitzondering.

Dat in het kader van deze uitbestedingen ook de figuur van de *zelfregulering* wordt genoemd, zal wellicht enige verwondering wekken. Zelfregulering is een verschijnsel dat immers op veel meer zaken dan op het uitoefenen van een publieke taak betrekking kan hebben.<sup>16</sup> In dit verband is het zinvol een onderscheid te laten zien dat is gemaakt in de zo-even genoemde *Take-over Panel*-uitspraak. In die uitspraak werd overwogen:

“Self-regulation” is an emotive term. It is also ambiguous. An individual who voluntarily regulates his life in accordance with stated principles, because he believes that this is morally right and also, perhaps, in his own long term interests, or a group of individuals who do so, are practising self-regulation. But it can mean something quite different. It can connote a system whereby a group of people, acting in concert, use their collective power to force themselves and others to comply with a code of conduct of their own devising. This is not necessarily morally wrong or contrary to the public interest, unlawful or even undesirable. But it is very different.<sup>17</sup>

In de geciteerde overweging wordt een uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds vrijwillige zelfregulering die individueel geschiedt en anderzijds zelfregulering die in groepsverband plaatsvindt en waaraan men verplicht is deel te nemen. Het is deze laatste soort van zelfregulering die in het kader van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht van belang is. In het bijzonder rijst de vraag in hoeverre deze zelfregulerende activiteiten kunnen worden gezien als de uitoefening van een publieke taak.

---

16 Black 1996, p. 26 e.v.; Black 2001, p. 114 e.v.

17 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 826 (Sir Donaldson M.R.).



Hét grote probleem van de uitbestedingen en de zelfregulering in de hiervoor bedoelde zin is dat het voormalige overheidsoptreden dreigt te ontsnappen aan de controle door de politiek. Weliswaar is er een groot aantal (onafhankelijke) toezichthouders, maar dat neemt niet weg dat hoogst onduidelijk is hoe over het uitbestede optreden thans publiekelijk verantwoording moet worden afgelegd. Dit is het probleem dat naar Engels recht het probleem van de *accountability* wordt genoemd. Accountability is overigens een diffuus en zeer ruim begrip dat moeilijk vertaalbaar is.<sup>18</sup> Daaronder wordt verstaan het rekenschap of verantwoording afleggen aan zowel ‘*parties, groups and people*’ als het parlement als – zelfs – de rechter.<sup>19</sup> Men spreekt dan ook wel in termen van respectievelijk ‘*democratic*’, ‘*political*’ of ‘*judicial*’ accountability. Onder de noemer van de accountability wordt naar nieuwe verantwoordingsmechanismen gezocht. Over hun aard en geschiktheid wordt een indringend debat gevoerd. Te denken valt niet alleen aan het (op andere wijze) afleggen van verantwoording aan het parlement, maar ook aan allerlei juridische en semi-juridische alternatieven zoals controle aan de hand van de naleving van protocollen, allerlei soorten audits (bijvoorbeeld financiële audits, milieu audits, audits in het onderwijs, de gezondheidszorg, enzovoort) en de verplichte bekendmaking van uiteenlopende soorten resultaten.

De uitbesteding van overheidstaken heeft uiteraard veel meer consequenties, ook voor de bevoegdheid van de rechter om in een bestuursrechtelijke procedure kennis te nemen van het optreden dat voorheen direct door de overheid werd verricht. Wat de uitkomst van deze ontwikkeling ook mag zijn voor de vatbaarheid voor bestuursrechtspraak,<sup>20</sup> helder is dat, vanwege hun verschillende aard en taak, toezicht door de rechter nooit goed de parlementaire controle kan vervangen.<sup>21</sup>

---

18 De slechte vertaalbaarheid van deze term wordt overigens ook in de Engelse literatuur onderkend, zie Harlow 2003, p. 79.

19 Vgl. bijv. Turpin & Tomkins 2007, p. 493.

20 Waarover hoofdstuk 5.

21 Evenzo: Wade & Forsyth 2004, p. 158.

De rechtspraak die in de volgende hoofdstukken zal worden besproken, heeft in veel gevallen betrekking op activiteiten die door anderen dan de overheid in klassieke zin worden uitgevoerd. Dit heeft de vraag opgeworpen of voor het aanmerken van bepaalde zaken als ‘publiekrechtelijk’ met institutionele criteria kan worden volstaan en of een publieke-taakcriterium – een functioneel georiënteerd criterium – geen goede diensten kan bewijzen.<sup>22</sup>

## 2.6 Bevindingen

De rule of law, de sovereignty of parliament en de machtscheiding vormen tezamen de drie constitutionele pijlers waarop de bevoegdheid van de rechter om het overheidshandelen te toetsen, is gefundeerd. Van oudsher kende het Engelse recht geen apart systeem van bestuursrecht met een eigen rechter. De klassieke opvatting was dat de rule of law in de weg stond aan een separaat systeem van bestuursrecht en dus ook aan een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

Niettemin is de bestuursrechter er gekomen, met alle consequenties van dien. Omdat de gewone rechter niet als rest-rechter fungeert, zoals in het Nederlandse rechtssysteem, is de vraag naar de toegang tot de bestuursrechter nog belangrijker dan bij ons: wanneer deze rechter geen kennis kan nemen van het geschil, is het niet uitgesloten dat het vermeend onrechtmatige handelen zich aan de werking van het recht – en dus niet alleen van het bestuursrecht – kan onttrekken.

De opmars van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is moeilijk los te zien van de politiek-bestuurlijke ontwikkelingen in de afgelopen decennia, waardoor meer dan voorheen uiteenlopende publieke taken in handen van private instellingen zijn gekomen.

---

<sup>22</sup> Zie paragraaf 7.4 over de verhouding tussen de institutionele en functionele benadering.



## HOOFDSTUK 3

# HET SYSTEEM VAN RECHTSBESCHERMING TEGEN DE OVERHEID

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het Engelse systeem van rechtsbescherming tegen het optreden van de overheid in hoofdlijnen beschreven. Dit systeem is bepaald niet eenvoudig te doorgronden. Tal van verschillende, en ook andersoortige, instanties spelen een rol. Het is ingewikkeld om te ontdekken tot welke instantie men zich met welke vraag moet wenden. Het geven van een volledig overzicht zou het bestek van onze onderzoeksvraag te buiten gaan. Niettemin is enig inzicht in de wijze waarop het systeem is opgebouwd relevant voor een goed begrip van hetgeen in de volgende hoofdstukken aan de orde komt.

Allereerst wordt in paragraaf 3.2 een schets gegeven van de verschillende instanties in het systeem van rechtsbescherming tegen de overheid. Dit rechtsbeschermingssysteem bestaat uit twee pijlers: de specifieke beroepsmogelijkheden die in een bepaald wetgevingscomplex zijn voorzien en de algemene mogelijkheid van judicial review. Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht is een rol gaan spelen in het kader van de vraag of de mogelijkheid van judicial review openstaat. In paragraaf 3.3 wordt daarom vervolgens op een aantal aspecten van judicial review ingegaan. Van belang is om te beseffen dat de mogelijkheid van judicial review in oorsprong niet op een wettelijke regeling is gebaseerd, maar in de loop van de afgelopen eeuwen in de rechtspraak is ontwikkeld. Inmiddels is er echter ook

een regeling voor judicial review gemaakt. Op deze regeling wordt in paragraaf 3.4 nader ingegaan.

### 3.2 Een lappendeken: tribunals en courts

De opvattingen van Dicey – en in dit verband met name het idee dat de controle op de overheid niet in handen moest worden gelegd van een daartoe gespecialiseerde rechterlijke instantie maar juist door de gewone rechter moest geschieden – hebben een grote stempel gedrukt op de ontwikkeling van het Engelse systeem van rechtsbescherming. In zekere zin is de positie van Dicey vergelijkbaar met die van Struycken in ons land, die aan het begin van de twintigste eeuw de invoering van een algemeen systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming wist tegen te houden.<sup>1</sup> De behoeften van de praktijk bleken evenwel sterker dan de dogmatiek van beide geleerden.

Zowel bij ons als in Engeland zijn in de loop van de twintigste eeuw tal van gespecialiseerde instanties in het leven geroepen om bestuursrechtelijke geschillen te beslissen. Zo is in Engeland een bonte lappendeken van *tribunals* ontstaan (naast ‘tribunal’ komen ook andere benamingen voor, zoals ‘panel’ of ‘adjudicator’). Hoewel deze tribunals met name belast zijn met een geschillenbeslechtende taak, moeten zij, zeker oorspronkelijk, niet als rechterlijke instanties worden gezien. Hun taken lagen soms sterk in het verlengde van het besluitvormingsproces en zij waren ook niet onafhankelijk van de overheidsinstanties waarvan zij het optreden moesten beoordelen. Al enige jaren is er echter een ontwikkeling ingezet waardoor de tribunals steeds meer naar een rechterlijk model opschuiven. Naast speci-

---

1 A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter?*, Arnhem 1910, waarover recent: Michiels 2008, p. 341 e.v. Anders dan Dicey, zag Struycken echter juist geen rol voor de rechter weggelegd, maar achtte hij voor de beslissing van geschillen met het bestuur de weg van administratief beroep meer aangewezen. Opmerkelijk is vervolgens dat in Nederland daarna met name bijzondere rechterlijke instanties in het leven werden geroepen voor de beslissing van bestuursrechtelijke geschillen, terwijl in Engeland met de tribunals juist meer het pad van bestuurlijke beoordeling van die geschillen werd opgegaan.

fieke expertise in een bepaalde materie speelden en spelen argumenten als laagdrempeligheid, informelere procedures en geringe kosten een rol bij de keuze voor de inzet van tribunals. Hoewel al vroeg in de vorige eeuw forse kritiek op de tribunalstructuur werd geuit (met name op punten van ondoorzichtigheid en gebrek aan onafhankelijkheid van het bestuur), worden pas zeer recent, ingevolge de Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 (hierna: TCEA), die naar verwachting in 2009 volledig zal zijn geïmplementeerd, omvangrijke hervormingen van het geheel doorgevoerd. Met de invoering van de TCEA komen er een algemeen '*First-tier Tribunal*' en een '*Upper Tribunal*' waaraan de rechtsmacht van bijna alle bestaande tribunals (zo'n zeventig) wordt overgedragen.

Om het Engelse systeem van rechtsbescherming goed te kunnen begrijpen, is het van belang te beseffen dat het systeem uit twee pijlers bestaat: een pijler met een specifieke wettelijke grondslag, de '*statutory appeals*', en een pijler zonder een specifieke wettelijke grondslag, bestaande uit de mogelijkheid van '*judicial review*'. De tribunals moeten in het Engelse systeem van rechtsbescherming tegen overheids-handelen worden geplaatst in de pijler van voorzieningen die de wetgever in het kader van een specifieke wet heeft voorgeschreven. Een dergelijke wettelijke voorziening kan ten eerste bestaan uit een appeal op een tribunal, ten tweede uit een appeal op een (hoger) bestuursorgaan en ten derde – al dan niet na een appeal op een bestuursorgaan of een tribunal – uit een appeal op een rechter. In de eerste twee gevallen is vaak sprake van een '*full appeal*', waarbij ook de '*merits*' van het overheidshandelen – de inhoudelijke keuzes – worden beoordeeld; appeal op een court is veelal beperkt tot '*a point of law*'. Wanneer er geen specifieke wettelijke voorzieningen voor de beoordeling van overheidshandelen zijn getroffen of wanneer in de specifieke wet uiteindelijk niet is voorzien in een rechterlijke beoordeling van het overheidshandelen (maar bijvoorbeeld wordt volstaan met appeal op een tribunal), komt de tweede pijler voor beoordeling van dat overheidshandelen door de rechter in beeld, de mogelijkheid van judicial

review.<sup>2</sup> Op judicial review zal in de hoofdstukken 4 en 5 uitvoerig worden ingegaan, omdat het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht van groot belang is voor de mogelijkheid van judicial review.

### 3.3 Judicial review

Zowel in de rechtspraak zelf als in de bestuursrechtelijke literatuur wordt nogal sterk benadrukt dat judicial review moet worden onderscheiden van statutory appeal: judicial review kan de rechters alleen aanleiding geven om de juridische aspecten van een besluit te beoordelen, niet de ‘merits’, de beleidsmatige keuzes die de overheid heeft gemaakt. De – wederom op de sovereignty of parliament gebaseerde – gedachte is dat de rechter zich niet mag bemoeien met de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, omdat het parlement die keuzevrijheid juist bij het bestuur heeft neergelegd. Daarbij zij overigens opgemerkt dat een beoordeling van die juridische aspecten tegenwoordig niet alleen de illegality betreft, maar ook een toetsing van irrationality en procedural impropriety inhoudt. De gedachte daarbij is dat de wetgever geacht wordt te hebben beoogd dat de toegekende bevoegdheden ook in overeenstemming met dit soort rechtsnormen worden uitgeoefend. Wanneer een statutory appeal beperkt is tot ‘a point of law’, zoals meestal het geval is wanneer het appeal speelt voor een rechterlijke instantie, is er overigens eigenlijk geen verschil tussen review en appeal.

De mogelijkheid van judicial review moet worden gezien als een ‘*remedy of last resort*’, een rechtsmiddel dat alleen kan worden gebruikt als er geen andere geschikte wegen beschikbaar zijn. Wanneer de wetgever specifieke wegen (statutory appeals) voor de beoor-

---

2 Omdat het nieuwe ‘Upper Tribunal’ ingevolge de TCEA een ‘superior court of record’ is tegen wiens beslissingen kan worden opgekomen bij het ‘Court of Appeal’, is alsdan ‘judicial review’ niet meer mogelijk. In wezen zou men kunnen zeggen dat de pijler van de wettelijke rechtsbeschermingsvoorzieningen met het nieuwe tribunaalsysteem is uitgegroeid tot een volwaardig bestuursrechtelijk rechtsbeschermingssysteem naast de algemene mogelijkheid van judicial review bij het Administrative Court.

deling van het overheidshandelen heeft gecreëerd, dienen die wegen te worden bewandeld. Opvallend is dat in de juridische literatuur beduidend meer aandacht wordt besteed aan judicial review dan aan appeal. Dat verschil in aandacht wordt niet verklaard door het praktische belang van de beide rechtsbeschermingswegen: in de praktijk is appeal minstens zo belangrijk. Een verklaring daarvoor kan veeleer worden gevonden in het feit dat appeal in een veelheid aan regelingen is neergelegd, terwijl judicial review kan worden gezien als een door de rechter ontwikkeld generiek concept voor de toetsing van overheidshandelen dat aanleiding geeft tot een meer algemene theorievorming daarover.

Vanaf 1981 heeft de procedure voor judicial review een grondslag gekregen in de Supreme Court Act 1981.<sup>3</sup> Een voorloper van die regeling was te vinden in de Rules of Practice of the Supreme Court (RSC).<sup>4</sup> Deze wettelijke verankering was het resultaat van een in de jaren zeventig van de vorige eeuw ingezette hervorming in het stelsel van rechtsbescherming die als oogmerk had de verschillende procedures waarin judicial review daarvoor plaatshad, te stroomlijnen. Tot die tijd verschilden de procedures waarin en de instanties waarbij judicial review werd gezocht naargelang de remedy – de rechterlijke actie – die men wilde bereiken. Voor het uitlokken van een ‘*injunction*’ (een rechterlijk verbod of bevel) of van een ‘*declaration*’ (een verklaring voor recht) of voor schadevergoeding kon een gewone civiele procedure (bij de *Chancery Division van het High Court*)

---

3 De Supreme Court Act 1981 zal naar verwachting in 2009 worden omgedoopt tot Senior Court Act 1981. De benaming zou dan namelijk verwarrend worden omdat ten gevolge van de Constitutional Reform Act 2005 het Verenigd Koninkrijk dan een *Supreme Court* krijgt (de rechtsprekende functie zal dan bij het House of Lords verdwijnen, waarmee de scheiding tussen wetgever en rechtspraak volledig zijn beslag krijgt). De aanduiding ‘Supreme Court’ wordt thans gebruikt voor High Court, Court of Appeal en Crown Court gezamenlijk.

4 Opgemerkt zij dat voor de hervorming van de procedure voor judicial review op zichzelf geen wettelijke regeling nodig was. Het ‘Rule Committee of the Supreme Court’ kan namelijk zelf regels vaststellen over ‘practice and procedure’. In de ‘Rules of the Supreme Court’ 1977 (RSC), meer precies in Order 53, werden aldus de hervormingsvoorstellen van de ‘Law Commission’ overgenomen. Pas later is e.e.a. in de Supreme Court Act verankerd. Inmiddels is Order 53 RSC overigens weer vervangen door de ‘Civil Procedure Rules, Part 54’.



worden gevolgd. Voor het verkrijgen van een zogeheten ‘*prerogative remedy*’<sup>5</sup> – een remedy die meer lijkt op de uitspraakbevoegdheden van de Nederlandse bestuursrechters, zoals bijvoorbeeld de vernietiging van een besluit – kende het Engelse recht aparte procedures die alleen tegen de overheid konden worden ingesteld. Deze procedures speelden zich af bij de *Queens Bench Division van het High Court* en konden zijn gericht op het verkrijgen van een gebod (destijds: ‘*mandamus*’), van een verbod (destijds: ‘*prohibition*’) of van een vernietiging van het aangevallen overheidsbesluit (destijds: ‘*certiorari*’).<sup>6</sup> Ten opzichte van de gewone procedure kenden deze procedures een aantal eigenaardigheden: men had voor het instellen ervan – in toenmalige termen – verlof (‘*leave*’) nodig van de rechter, er golden beperkte beroepstermijnen en de bewijsvoering werd gebaseerd op schriftelijke verklaringen (‘*affidavits*’) zonder dat er mogelijkheden bestonden voor mondelinge ondervragingen of kruisverhoor van getuigen of voor het opvragen van relevante documenten.<sup>7</sup> Juist vanwege dergelijke beperkingen werd daarom het gebruik van de gewone procedures in publiekrechtelijke zaken wel aangemoedigd.

De bedoeling van de hervormingen uit 1977-1981 was om te komen tot één procedure waarin *al* de hiervoor genoemde ‘remedies’ konden worden gezocht (zij het dat schadevergoeding alleen een bijkomende vordering kan zijn).<sup>8</sup> Deze nieuwe procedure speelt zich steeds af voor de *Queens Bench Division van het High Court*. De afdeling die

5 De term ‘prerogative’ komt uit de tijd dat deze ‘remedies’ werden gehanteerd door de Kroon en door de ‘Royal Courts’. Deze ‘prerogative remedies’ hebben zich later ontwikkeld als remedies die door de rechter in het kader van judicial review konden worden ingezet.

6 Zie voor een uitgebreide historische beschouwing over de verschillende ‘remedies’: *De Smith’s* 2007, p. 779-820 en Verheij 1990, p. 1 e.v.

7 Wade & Forsyth 2004, p. 649 illustreren het belang van deze procesrechtelijke verschillen aan de hand van *Barnard v National Dock Labour Board*. Een door een aantal dokwerkers aangespannen *gewone* procedure gericht op een verklaring voor recht dat hun ontslag onrechtmatig was, was succesvol omdat zij via de in die procedure bestaande mogelijkheid van ‘*discovery of documents*’ het essentiële document hadden weten bloot te leggen, waaruit vervolgens bleek dat zij door een onbevoegd persoon waren ontslagen. In een procedure gericht op vernietiging van de ontslagbeslissing was dit document waarschijnlijk niet boven tafel gekomen.

8 Dit laatste volgt niet uit de SCA zelf, zie section 31(4), maar uit rule 54.3(2) CPR.

binnen de Queens Bench Division is belast met judicial review wordt inmiddels sinds 2000<sup>9</sup> in Engeland en Wales aangeduid als '*Administrative Court*'. Dit 'Administrative Court' is aldus een bestuursrechter die een onderdeel vormt van de gewone rechterlijke macht.<sup>10</sup> Wat de bestuursrechtspraak van de gewone rechtspraak onderscheidt, is het procesrecht dat daarvoor geldt. Van belang is om vast te stellen dat de nieuwe procedure voor judicial review een aantal kenmerken heeft die daarvoor alleen waren verbonden aan de specifieke procedures voor de 'prerogative remedies' (zie daarover verder hoofdstuk 4).

### 3.4 De judicial review-procedure: verplicht of facultatief?

De judicial review-procedure is thans geregeld in Part 54 van de Civil Procedure Rules (CPR).<sup>11</sup>

Ingevolge deze regeling zijn de eerder voorkomende Latijnse benamingen van 'mandamus', 'prohibition' en 'certioari' vervangen door respectievelijk '*mandatory order*', '*prohibiting order*' en '*quashing order*'. Ook wordt in plaats van over 'leave' gesproken over '*permission*' voor judicial review. Het verzoek dat gericht is op die '*permission*' – voorheen aangeduid als '*application*' – heet nu een '*claim*'.<sup>12</sup>

Wanneer men de regeling omtrent de procedure van judicial review bestudeert, valt op dat in de verschillende onderdelen daarvan (respectievelijk rule 54.2 en rule 54.3 CPR) een onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin de judicial review-procedure *moet*

---

9 Practice Direction [2000]1 WLR 1654.

10 Zie De Waard 2001, p. 152 e.v.

11 De term 'judicial review' wordt in de Engelse literatuur in verschillende betekenissen gebezigd, ook in één betoog of (rechterlijke) opinie; het is van de context afhankelijk welke betekenis wordt bedoeld. In de meest algemene – en ruime – zin betekent judicial review de toetsing van overheidshandelen door een rechter, ongeacht welke rechter dat is (vgl. paragraaf 2.2). In enge zin betekent judicial review dat de specifieke procedure voor de bestuursrechter wordt gevolgd die nodig is voor het verkrijgen van een prerogative order en waarvoor 'permission' moet worden aangevraagd. Men spreekt alsdan meestal, conform de definitie van Part 54 CPR, over de judicial review-procedure. In deze laatste betekenis gebruiken wij de term judicial review eveneens.

12 De term 'claim' is overigens een meer algemene term, die ook in civiele procedures wordt gebezigd.

(‘must’) respectievelijk *kan* (‘may’) worden gebruikt. Het ‘moeten gebruiken’ is gekoppeld aan de zogenoemde ‘prerogative remedies’, de specifieke uitspraakbevoegdheden die altijd al alleen maar in judicial review beschikbaar waren. Het ‘mogen gebruiken’ betreft de situaties waarin de burger uit is op een ‘declaration’ of een ‘injunction’; dit zijn de uitspraakbevoegdheden die ook de gewone rechter heeft. In wezen zou daarmee de historisch gegroeide situatie worden bestendigd dat men in een geschil met de overheid vrijelijk zou kunnen kiezen tussen de verschillende procedures naargelang het soort uitspraak dat men van de rechter verlangt en naargelang men het daarbij behorende procesrecht voor de beslechting van het voorliggende geschil passend acht. De situatie onder de nieuwe regeling zou dan in zoverre verschillen van de daarvoor bestaande situatie dat dezelfde judicial review-procedure ook kan worden gebruikt voor de declaration en de injunction. In het volgende hoofdstuk zal echter blijken dat de duiding die de rechter aan deze kwestie heeft gegeven, waarbij het facultatieve karakter van de judicial review-procedure op losse schroeven is gezet, van grote betekenis is geweest voor het vraagstuk naar het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht.

### 3.5 Bevindingen

Het systeem van de rechtsbescherming tegen de overheid is in Engeland, ondanks het streven naar stroomlijning en uniformering, nog steeds een ietwat rommelig geheel. De burger moet zijn weg weten te vinden in een landschap van allerlei verschillende instanties en procedures. In een aantal gevallen heeft de wetgever specifieke rechtsgangen gecreëerd; in dat geval is het bewandelen van die weg ook aangewezen. Wanneer er geen specifieke rechtsgang openstaat, dan wel wanneer het volgen van wettelijke beroepsmogelijkheden de burger uiteindelijk niet bij een rechter brengt (maar bij een hoger bestuursorgaan), bestaat de mogelijkheid van judicial review. Deze mogelijkheid van judicial review is een naast de wettelijke beroepsmogelijkheden door de rechter ontwikkeld concept voor de beoordeling van overheidshandelen. De rechterlijke beoordeling in judicial review is

beperkt tot een toets op de juridische aspecten; de inhoud van de beleidsmatige keuzes die de overheid heeft gemaakt, valt erbuiten.

Omdat het Engelse recht voor de mogelijkheid van judicial review verschillende procedures kende – met verschillende rechterlijke instanties, een verschillend procesrecht en verschillende uitspraakbevoegdheden –, is een hervormingsoperatie ingezet om te komen tot een uniforme procedure voor judicial review. Dat heeft geleid tot de regeling van een judicial review-procedure die zich afspeelt voor de Queens Bench Division van het High Court, die inmiddels in Engeland en Wales als Administrative Court wordt aangeduid. Op de vraag in hoeverre de burger vrij is om van deze procedure al dan niet gebruik te maken, wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan.



## HOOFDSTUK 4

# DE SCHEIDING VAN PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT

### 4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is aan de orde geweest hoe de procesrechtelijke hervormingen hebben geleid tot één uniforme bestuursrechtelijke procedure waarin verschillende remedies kunnen worden ingesteld: de procedure voor judicial review. De volgende kwestie die zich voordeed, was hoe de twee verschillende soorten procedures – de specifieke procedure voor judicial review en de gewone procedure – zich tot elkaar verhouden: zijn de procedures exclusief?

Twee verschillende situaties moeten worden onderscheiden. In hoeverre is de *gewone* procedure exclusief? Met andere woorden: in hoeverre is de rechtzoekende verplicht voor de gewone procedure te kiezen? Het kan wenselijk zijn een *prerogative order* te verkrijgen (dat wil zeggen een mandatory order, een prohibiting order of een quashing order) in een geval dat op het eerste gezicht een ‘private law’-case lijkt, maar waarin de judicial review-procedure voor de rechtzoekende de meest geschikte weg zou zijn.

Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen. Die situatie speelt in de praktijk veel vaker een rol.<sup>1</sup> Is de procedure voor *judicial review* exclusief en zo ja in hoeverre? Met andere woorden: in hoeverre is de rechtzoekende verplicht in een publiekrechtelijke rechtsverhouding voor de judicial review-procedure te kiezen? In het bijzonder

---

1 Tanney 1994, p. 67.

ontstond discussie over de vraag of een *declaration* of een *injunction* in een ‘public law’-case in plaats van in een procedure voor judicial review ook nog zou kunnen worden gezocht in een gewone procedure. Hierna zal in paragraaf 4.2 eerst worden gezien waarom betrokkenen eventueel voor de gewone procedure zouden opteren. Op de wijze waarop op de exclusiviteitsvraag in de jurisprudentie een antwoord is gegeven, wordt vervolgens in paragraaf 4.3 ingegaan. In paragraaf 4.4 wordt dieper ingegaan op de betekenis van de exclusiviteitsregel.

## 4.2 Waarom nog de gewone procedure?

Er waren verschillende redenen waarom het wenselijk zou zijn in een ‘public law’-case de weg naar de gewone rechter te kiezen. Deze redenen gelden nog steeds.

Ten eerste is er een zeer aanzienlijk verschil in *beroepstermijn*. Voor de judicial review-procedure is vereist dat het beroep ‘promptly’ wordt ingesteld en in ieder geval binnen drie maanden (rule 54.5 CPR). Dat mag overigens in onze Nederlandse ogen betrekkelijk lang zijn, naar Engelse maatstaven is dat buitengewoon kort. Voor een civiele vordering gelden, net als bij ons, veel langere termijnen: naar Engels recht is dat in de regel drie, zes of twaalf jaar, hetgeen afhankelijk is van het soort vordering (Limitation Act 1980).

Ten tweede heeft de judicial review-procedure een bijzonder kenmerk: er moet *toestemming* (‘permission’) aan de rechter worden gevraagd om deze procedure te mogen voeren (rule 54.4 CPR). Voorheen werd dit toestemmingsvereiste als verlof (‘leave’) aangeduid; zie hoofdstuk 3. De gewone gerechtelijke procedures hebben dit vereiste niet. Aangezien wij in Nederland een dergelijk gerechtelijke toestemmingsvereiste niet kennen, is het zinvol kort bij deze verplichte voorprocedure stil te staan. De benodigde toestemming dient een drietal oogmerken.<sup>2</sup> In de eerste plaats beoogt zij bestuursorganen te beschermen tegen evident ongegronde verzoeken zonder dat een volledige hoorzitting nodig is. De gedachte is dat voorkomen moet

---

2 De Smith’s 2007, p. 839.

worden dat het bestuur wordt verlamd door zinloze gerechtelijke procedures die niets kunnen opleveren. In de tweede plaats voorziet de toestemmingsprocedure voor het Administrative Court in een mogelijkheid voor een efficiënte aanpak van het alsmaar groeiende aantal zaken.<sup>3</sup> In de derde plaats biedt deze voorprocedure de eiser het voordeel snel af te tasten wat een High Court-rechter van zijn zaak vindt zonder hoge kosten te maken. Er bestaat geen alomvattend overzicht van de criteria op grond waarvan de rechter de toestemming wel of niet geeft. Uit de jurisprudentie blijkt dat er gevallen zijn waarin de rechter zichzelf in deze voorfase een tamelijk ruime mate van discretie toe-eigent, in het bijzonder wanneer de toestemming wordt geweigerd op de grond dat judicial review het bestuursorgaan zou belemmeren verdere beslissingen te nemen op bepaalde beleidsterreinen (sic!). Het behoeft niet te verwonderen dat deze vergaande gevallen nogal zijn bekritiseerd.<sup>4</sup> Oogmerk van het toestemmingsvereiste is al met al om als een soort van zeef te fungeren. Daarbij moet worden bedacht dat het Engelse bestuursrecht niet, zoals bij ons, zoiets kent als een bezwaarschriftprocedure; weliswaar heeft de wetgever in een aantal gevallen wel in de mogelijkheid van beroep op een tribunal voorzien, welke mogelijkheid in voorkomende gevallen dan ook moet worden gevolgd, van een algemene verplichting tot het voeren van een voorprocedure is in het Engelse systeem echter geen sprake.

Een derde reden waarom de gewone procedure de voorkeur kan verdienen boven een procedure van judicial review, betreft minder een formeel verschil tussen de soorten procedures als wel een verschil in rechtspraktijk. De gewone procedure wordt geschikter geacht voor een *onderzoek naar de feiten*: een getuigenverhoor of het opvragen van documenten heeft in het kader van de judicial review-procedure zeer weinig plaats.<sup>5</sup> Dit maakt de judicial review-procedure

---

3 In 2003 werd 27% van de toestemmingsverzoeken gehonoreerd, in 2002 21%, aldus *De Smith's* 2007, p. 839.

4 *De Smith's* 2007, p. 840.

5 *De Smith's* 2007, p. 846 e.v. en p. 881. Tot 1978 was dit overigens ten dele een formeel verschil met de gewone procedure: de rechter had in judicial review niet de bevoegdheid om documenten op te vragen.



minder geschikt voor de beslechting van een geschil over het bestaan of de interpretatie van de feiten. Dit is te meer opmerkelijk nu er naar Engels recht geen algemene verplichting is voor het bestuursorgaan om zijn besluit van een motivering te voorzien. Er kan daardoor meer nog dan bij ons behoefte bestaan om in een gerechtelijke procedure de feiten boven water te halen.

### 4.3 De exclusiviteitsregel

Het antwoord op de exclusiviteitsvraag liet niet lang op zich wachten: in 1982 volgde de – veel bekritiseerde – zaak *O'Reilly versus Mackman*, waarin als algemene regel werd neergelegd dat als een geschil zich leent voor de judicial review-procedure, de zaak in beginsel niet aan de gewone rechter kan worden voorgelegd.<sup>6</sup> In de woorden van Lord Diplock, opsteller van de '*leading opinion*', zou het misbruik van procesrecht zijn ('*abuse of the process of the court*')

'(...) to permit a person seeking to establish that a decision of a public authority infringed rights to which he was entitled to protection under public law to proceed by way of an ordinary action (...).'

Met het afsnijden van de weg naar de gewone rechter is de judicial review-procedure exclusief geworden. Wade en Forsyth (Wade is de oorspronkelijke auteur van hét handboek op het gebied van het bestuursrecht) spreken van de '*divorce*' van publiek- en privaatrecht.<sup>7</sup> De primaire reden dat de exclusiviteitsregel is ingevoerd, is een procesrechtelijke: beoogd is te voorkomen dat de – toen recentelijk herziene en geüniformeerde – judicial review-procedure zou worden omzeild. De regel wordt, zowel in het arrest zelf als in de literatuur,<sup>8</sup> meer in het belang van het openbaar bestuur dan de burger geacht: het toestaan van de gewone procedure in gevallen waarin de judicial

6 *O'Reilly v Mackman* [1982] 3 WLR 1096; [1983] 2 AC 237. Aan deze klassieke uitspraak zijn hele hoofdstukken gewijd; zie naast de algemene bestuursrechtelijke handboeken in het bijzonder: Oliver 1999, p. 71 e.v. en Lewis 2004, p. 100 e.v.

7 Wade & Forsyth 2004, p. 661.

8 Wade & Forsyth 2004, p. 662; Barnett 2006, p. 739.

review-procedure is aangewezen, zou tot aanzienlijke bestuurlijke vertraging leiden.

De exclusiviteitsregel geldt in twee richtingen. Niet alleen is het niet toegestaan een publiekrechtelijke beslissing aan te vechten voor de gewone rechter, ook het omgekeerde is niet toegestaan: bij een privaatrechtelijk geschil kan niet voor de judicial review-procedure worden gekozen.<sup>9</sup> Echte voorbeelden van de omgekeerde O'Reilly-situatie (de zogeheten '*obverse of O'Reilly*') zijn overigens weinig te vinden.

Hoewel reeds door Lord Diplock uitdrukkelijk werd aangegeven dat de exclusiviteitsregel slechts een algemene regel is waarop uitzonderingen mogelijk zijn en dat die uitzonderingen van geval tot geval moeten worden uitgewerkt,<sup>10</sup> stak er een storm van kritiek op.<sup>11</sup> Deze kritiek houdt met name in dat de exclusiviteitsregel een procedureel mijnenveld heeft gecreëerd, dat leidt tot een overvloed aan zinloze processen: sinds de invoering van deze regel moet de rechter met chirurgische precisie publiek- en privaatrecht van elkaar scheiden, terwijl dat voor die tijd niet nodig was.<sup>12</sup> De regel heeft tot een grote mate van rechtsonzekerheid geleid. Verder leidt hij tot een toename van de kosten, want voor judicial review moet men nu naar het High Court (Administrative Court).<sup>13</sup>

---

9 *R v East Berkshire Health Authority, ex parte Walsh* [1985] QB 152.

10 Bedacht dient te worden dat uitzonderingen op een algemene rechtsregel, vanwege de sterke precedentwerking van de rechtspraak naar Engels common law, zonder uitdrukkelijke vermelding in de overwegingen, niet zonder meer vanzelfsprekend zijn. Diplock noemde in dit geval meteen al twee mogelijke uitzonderingen, te weten als de ongedigtheid van een besluit in een civiele zaak indirect aan de orde komt ('collateral issue') of als partijen ermee instemmen.

11 Het tumult doet sterk denken aan de situatie bij ons de eerste jaren na de invoering van het zelfstandig schadebesluit, met als standaarduitspraak Van Vlodrop: ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB; AB Klassiek, 5<sup>e</sup> druk, Deventer 2003, nr. 40 m.nt. P.J.J. van Buuren. In de kern kwam de kritiek erop neer dat in de rechtspraak naar verhouding te veel aandacht aan de vraag naar de toegang tot de rechter moest worden besteed en in onvoldoende mate aan de inhoud van het schadevergoedingsgeschil kon worden toegekomen. Zie voor de reacties uit de rechtspraktijk: Van Ettekoven & Schueler 1998, p. 346 e.v.

12 Zie in het bijzonder Wade & Forsyth 2004, p. 665 e.v. en Tanney 1994, p. 51 e.v.

13 Zie over de moeizame en strenge toepassing van de exclusiviteitsregel de eerste jaren na *O'Reilly v Mackman*: Verheij 1990, p. 1 e.v. Zie over de kosten: Morris & Fredman 1994, p. 69 e.v.

In 2000 zijn enige voorzieningen gecreëerd om de scherpste kantjes van het systeem af te halen. Bovendien wordt in de rechtspraak de exclusiviteitsregel inmiddels versoepeld toegepast. Ten gevolge van deze beide ingrepen rijzen er tegenwoordig minder geschillen die louter gaan over de keuze van de correcte procedure.

De belangrijkste procedurele voorziening is dat procedures die verkeerd van start zijn gegaan, door de rechter kunnen worden *doorverwezen* (rule 54.20 en rule 30.5 CPR). Dat kan in beide richtingen. Een zaak die gestart is met een gewone procedure, kan worden verwezen naar het Administrative Court. Een zaak die gestart is met een judicial review-procedure, kan worden verwezen naar een andere divisie van het High Court om daar als gewone zaak verder te gaan.<sup>14</sup> Vergeleken met het doorverwijzen bij ons (art. 8:71 Awb en art. 70 Rv) is dit vanwege de eisen die aan judicial review worden gesteld op zichzelf geen eenvoudige aangelegenheid. Een zaak die naar het Administrative Court wordt verwezen, moet daar de voorfase van de toestemmingsprocedure doorlopen. Voordat dat aan de orde is, dienen bovendien eerst de alternatieve procedures, zoals de eventuele gang naar de tribunal, te zijn uitgeput; de judicial review-procedure is immers een 'remedy of last resort'.

Er is een lange en omvangrijke lijn van *case law* ontwikkeld over de toepassing van de exclusiviteitsregel met inbegrip van de uitzonderingen die erop mogen worden gemaakt. Daarbij komen onder meer gevallen aan de orde die zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke elementen bevatten, alsmede de gevallen waarbij de publiekrechtelijke aspecten slechts door de verdediging in een privaatrechtelijke procedure worden opgeworpen.<sup>15</sup> De 'leading case', over de vraag in hoeverre de rechtzoekende *verplicht* is de weg van judicial review te kiezen, is nu *Clark versus University of Lincolnshire and Humberside*. Uit deze zaak volgt dat de rechter een *flexibele* aanpak moet hanteren. Er zijn verschillende aspecten die hij daarbij in het

---

<sup>14</sup> Deze verwijzingsregels gelden ook indien de gewone procedure niet bij het High Court maar bij een lagere rechter (county court) moeten worden gestart respectievelijk is aangevangen.

<sup>15</sup> Zie o.a. Barnett 2006, p. 739 e.v.

oog moet houden. Ten eerste is een belangrijke maatstaf of er onge-rechtvaardigde bestuurlijke vertragingen ontstaan indien een gewone procedure wordt gevolgd in plaats van de judicial review-procedure. Ten tweede dient naar de aard van de vordering te worden gekeken, waarbij in het bijzonder van belang is of derden-belanghebbenden erdoor geraakt kunnen worden, dan wel dat zij alleen de procespar-tijen raakt.<sup>16</sup> Kijkend naar de Nederlandse situatie, valt op dat bij ons de waterscheiding die tussen de procedure bij de bestuursrechter en de burgerlijke rechter wordt aangebracht een strikter en formeler karakter heeft – als er sprake is van een appellabel besluit, moet de bestuursrechter worden benaderd – en dat een verwijzing tussen de rechterlijke instanties niet afhankelijk is van meer materiële aspecten zoals die in het Engelse recht aan de orde kunnen worden gesteld.

Het is geenszins zo dat alle procedurele problemen nu van de baan zijn. In de literatuur worden uiteenlopende voorstellen gedaan om de situatie te verbeteren.<sup>17</sup> Nog altijd is er een zeker risico dat de rechtzoekende door verkeerd te procederen in het geheel niet bij een rechter terechtkomt. Het is zekerheidshalve nog steeds verstandiger in geval van twijfel te beginnen met de judicial review-procedure.<sup>18</sup> De betrekkelijk korte beroepstermijn die daarvoor geldt, dient niet uit het oog te worden verloren. Wat dat betreft verschilt de situatie niet van de Nederlandse.

#### 4.4 Publiekrechtelijke geschillen

Ondanks de procedurele voorzieningen en versoepelingen in de rechtspraak moet de betekenis van de exclusiviteitsregel niet worden onderschat. Omdat de procedures elkaar in beginsel uitsluiten, is het

---

16 *Clark v University of Lincolnshire and Humberside* [2000] 1 WLR 1988 op p. 1997 en 1998 (Lord Woolf).

17 M.n. Wade & Forsyth 2004, p. 664-665 en Lewis 2004, p. 132 e.v. bieden tamelijk uitgewerkte voorstellen. Zie ook Cane 2004, p. 128-129.

18 Eerste pragmatische suggestie van Lord Woolf M.R. in *Trustees of the Dennis Rye Pension Fund v Sheffield CC* [1998] 1 WLR 840 op p. 848. Hoewel deze suggestie al stamt van vóór de procedurele voorzieningen van 2000, heeft zij haar relevantie behouden, vgl. Wade & Forsyth 2004, p. 674 en Barnett 2006, p. 744.

noodzakelijk geworden haarfijn vast te stellen of een rechtsverhouding een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk karakter heeft.

Dat leidt tot de vraag hoe dat publiek- of privaatrechtelijke karakter het best kan worden vastgesteld. Wat zijn eigenlijk precies '*rights protected by public law*', waarover Lord Diplock sprak? In een iets latere uitspraak heette het:

'The remedy of judicial review is only available where an issue of 'public law' is involved (...).'

Ook nu moet de vraag worden gesteld wat '*issues of "public law"*' eigenlijk zijn. Niet alleen publiekrecht en privaatrecht maar ook '*rights*' en '*issues*' zijn weinig heldere termen. Hoe wordt vastgesteld of een 'issue' of een 'right' een publiek- of privaatrechtelijk karakter heeft? Daarover gaat het volgende hoofdstuk; we zullen daar zien welke onderdelen van de rechtsverhouding – bijvoorbeeld rights, issues, elements, bodies, acts, decisions, duties enzovoort – maatgevend zijn en welke criteria daartoe worden aangelegd.

Het is op deze plaats vooral van belang om vast te stellen dat, hoewel de onderscheiding tussen publiek- en privaatrecht in *O'Reilly versus Mackman* met een procedureel oogmerk werd gemaakt, zij mede *materiële* betekenis kreeg.<sup>20</sup> Publiekrecht en privaatrecht worden in beginsel gescheiden. Doordat het voortdurend nodig werd, al dan niet reeds voordat de gerechtelijke procedure daadwerkelijk was aangespannen, te bepalen of bepaalde onderdelen van de rechtsverhouding een publiek- of privaatrechtelijk karakter hadden, kreeg het arrest van meet af aan mede een materiële lading. Het is deze consequentie die van dit arrest een keerpunt in het Engelse bestuursrecht heeft gemaakt.

Het was overigens bij de introductie van de nieuwe en meer uniforme procedure voor judicial review in 1977 en haar wettelijke verankering in de Supreme Court Act 1981 zeker *niet voorzien* dat zij zou resulteren in een materieel onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

---

19 *R v East Berkshire Health Authority, ex parte Walsh* [1985] QB 152 op p. 162 (Sir John Donaldson M.R.).

20 Vgl. Oliver 1999, p. 80 e.v.

recht. Thans wordt wel gesproken over de ‘dramatic nature’ van de veranderingen die zich voordoen op principieel en materieel vlak.<sup>21</sup> Het belang van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, zo wordt – door sommigen met schrik – geconstateerd, gaat veel verder dan de keuze voor de correcte procedure.

#### 4.5 Bevindingen

De exclusiviteitsregel houdt in dat voor een publiekrechtelijk geschil in beginsel de procedure van judicial review moet worden gekozen en dat voor een privaatrechtelijk geschil in beginsel de weg naar de gewone rechter moet worden bewandeld. Deze regel is in 1982 in het Britse recht geïntroduceerd in het beruchte arrest *O’Reilly versus Mackman*. Weliswaar zijn de processuele consequenties van dit arrest inmiddels wat afgezwakt, de principiële omwenteling die dit arrest teweeg heeft gebracht, staat sedertdien recht overeind: van een rechtsverhouding moet in beginsel worden vastgesteld of zij een privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk karakter heeft. Aan de hand van welke criteria dat rechtskarakter wordt vastgesteld, komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

---

21 Woolf 1995, p. 58.



## HOOFDSTUK 5

# TOEGANG TOT DE BESTUURSRECHTER

### 5.1 Inleiding

Judicial review wordt korthedshalve wel omschreven als de gerechtelijke procedure die is bedoeld voor de beslechting van publiekrechtelijke geschillen. Maar hoe wordt vastgesteld of een geschil vatbaar is voor de judicial review-procedure? Met andere woorden: wat moet worden verstaan onder een publiekrechtelijk geschil? Uit de rechtspraak blijkt dat er twee soorten criteria zijn. Oftewel, zoals men naar common law pleegt te zeggen: in de rechtspraak zijn twee verschillende soorten ‘tests’ ontwikkeld. De eerste test is de ‘*source of power*’, ook wel kortweg aangeduid als de ‘*statute-test*’, de wettelijke-grondslagtest. Deze komt in paragraaf 5.2 aan de orde. De source-of-power-test bevat echter ook andere grondslagen (sources of power), zoals de overeenkomst, die eveneens als grondslag voor bepaalde bevoegdheidsuitoefening wordt beschouwd. De appellabiliteit van het gebruik van contractuele bevoegdheden komt ter sprake in paragraaf 5.3. De tweede test is de ‘*public-functiontest*’, de publieke-taaktest. Deze test is weliswaar van groot en toenemend belang, maar heeft een aanvullend karakter en is slechts aan de orde indien de source-of-powertest onvoldoende uitsluitsel geeft. De public-functiontest is vooral aan de orde bij private instellingen die zonder daartoe over een wettelijke grondslag te beschikken (mede) een publieke taak uitoefenen, zoals ‘self-regulatory’organisaties, liefdadigheidsinstellingen en zakelijke ondernemingen. Voor de invulling van deze test is een aantal



gezichtspunten van belang; zie daarover paragraaf 5.4. In paragraaf 5.5 wordt ingegaan op de functie die de public-functiontest vervult in vergelijking met de Nederlandse publieke-taakjurisprudentie. De public-functiontest wordt vanuit constitutioneel perspectief, waarin de rechtvaardiging van judicial review wordt gezocht in rechterlijke controle op de vraag of instanties binnen de grenzen van de aan hen toegekende bevoegdheden zijn gebleven, als nogal problematisch beschouwd. Daarop wordt in paragraaf 5.6 ingegaan.

## 5.2 De source-of-powertest: de wettelijke grondslag en de koninklijke prerogatieven

De source-of-powertest is de traditionele test die gebaseerd is op het – inmiddels gedateerde – uitgangspunt dat de bevoegdheidsgrondslag van alle overheidshandelen uiteindelijk steeds is te baseren op een wet.<sup>1</sup> Hoofdregel is dat als een overheidshandeling een wettelijke grondslag heeft, die handeling onderworpen is aan de judicial review-procedure. In de klassieke zaak van het *Take-over Panel* (ook wel: *Datafin*) werd overwogen:

‘If the source of power is a statute, or subordinate legislation under a statute, then clearly the body in question will be subject to judicial review.’<sup>2</sup>

Hoewel een wettelijke grondslag in de praktijk meestal voldoende is, is dit niet altijd voldoende reden om bepaald handelen vatbaar te achten voor de judicial review-procedure. Dit is bijvoorbeeld niet het geval indien de wettelijke grondslag een zogeheten *Private Act of Parliament* is. (Dat is een wet die niet door leden van het parlement maar door belanghebbenden ahangig is gemaakt en die beoogt wijziging aan te brengen in de subjectieve rechten van individuele personen of instellingen.<sup>3</sup>) In een dergelijk geval wordt *bovendien* de

---

1 De prerogatieven van de Kroon waren echter altijd al buitenwettelijk.

2 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 847 (Lloyd L.J.).

3 Prakke 2004, p. 890. Zie ook Bradley & Ewing 2007, p. 194.

voorwaarde gesteld dat het overheidsorgaan een *publieke taak* uitoefent. Alleen dan kan tegen het overheidshandelen een claim voor de judicial review-procedure worden ingesteld. Voor deze aanvullende eis is de public-functiontest, die in paragraaf 5.4 aan de orde zal komen, van belang.

Het is hier meteen al belangrijk om te constateren dat in het hiervoor gegeven citaat de *body*, de instelling, vatbaar wordt geacht voor judicial review, en niet de handeling. Wij maken naar Nederlands bestuursrecht over het algemeen een meer uitdrukkelijk onderscheid tussen bestuursorgaan en besluit; voor een scherp onderscheid tussen de instelling en de handeling die de instelling verricht, moet men naar Engels recht goed tussen de regels door lezen.

Dat de wettelijke grondslag als vertrekpunt wordt genomen, zal vanuit Nederlands perspectief geen verbazing wekken. Ook bij ons wordt voor de vraag wat de titel van een publiekrechtelijk besluit is, eerst gekeken of het bestuursorgaan over een specifieke wettelijke bevoegdheidsgrondslag beschikt. Dit vloeit rechtstreeks voort uit het legaliteitsbeginsel. Pas als dit niet het geval is, komen we toe aan de vraag of het publiekrechtelijke karakter niet op een andere titel kan worden gebaseerd, zoals de publieke taak. Die redeneerlijn wordt bij ons zowel gehanteerd voor de vraag of er sprake is van een bestuursorgaan (art. 1:1 Awb) als voor de vraag of er sprake is van een besluit (art. 1:3 Awb).<sup>4</sup>

Een verschil met de Nederlandse situatie is de *aard* van de wettelijke grondslag zelf. Wij spreken in Nederland van een *specifieke* wettelijke grondslag wanneer de wet uitdrukkelijk de bevoegdheid om op te treden aan het bestuursorgaan toekent. Die grondslag kan in Engeland evenwel zeer ruim zijn. Het is niet nodig dat de bevoegdheid uitdrukkelijk is toegekend; een impliciete bevoegdheidstoekenning kan al voldoende zijn.

Aparte aandacht behoeven de *prerogatieve* bevoegdheden van de Kroon. Dat zijn – buitenwettelijke – bevoegdheden die de centrale overheid van oudsher namens de koning uitvoert, zoals de bevoegd-

---

4 Zie over beide lijnen: Van Ommeren 2003, p. 135 e.v.

heid om ministers te benoemen en te ontslaan, om paspoorten uit te geven en om de oorlog of de vrede te verklaren.<sup>5</sup> Van oudsher werden de prerogatieve bevoegdheden geacht niet appellabel te zijn, hetgeen voor de hand lag in het licht van de source-of-powertest. In 1984 kwam hierin echter verandering met de befaamde *GCHQ*-zaak, op grond waarvan de meeste – maar niet alle – prerogatieven nu wel vatbaar zijn voor judicial review.<sup>6</sup>

Niet alleen voor de prerogatieven, maar ook voor een goede beoordeling van andere gevallen, is de maatstaf die wordt aangelegd om te bepalen of een bevoegdheid die op een koninklijk prerogatief berust vatbaar is voor judicial review van belang. Lord Scarman overwoog:<sup>7</sup>

‘Today (...) the controlling factor in determining whether the exercise of prerogative power is subjected to judicial review is not the source but its subject matter.’

Bepalend voor de appellabiliteit is de *inhoud* van de beslissing en niet meer zozeer haar *grondslag*. Het zijn met name de bevoegdheden op internationaal vlak en de prerogatieven die de koningin persoonlijk betreffen die niet appellabel zijn. In deze rechtspraak valt een eerste stap van verwijdering van de source-of-powertest te zien in de richting van een functionele benadering.<sup>8</sup>

### 5.3 Contractuele bevoegdheden

Behalve de wet wordt ook het contract als een grondslag voor het uitoefenen van bepaalde bevoegdheden beschouwd: ook het contract geldt als een ‘source of power’.

---

5 Over de koninklijke prerogatieven zijn boekenkasten vol geschreven, zie voor een heldere uiteenzetting Barnett 2006, p. 115 e.v.

6 GCHQ staat voor Government Communications Headquarters. De officiële aanduiding van deze uitspraak is *Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service* [1985] AC 374.

7 *Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service* [1985] AC 374 op p. 407.

8 Cane 2004, p. 4.

De *centrale* overheid is naar Engels recht zonder wettelijke grondslag bevoegd contracten te sluiten. *Lokale* overheden en andere *statutory bodies* hebben daarvoor echter wel een wettelijke titel nodig. De grondslag van de bevoegdheid van lokale overheden kan zeer ruim zijn; het kan zowel een uitdrukkelijke als een impliciete bevoegdheid betreffen. Een bekende zeer ruime grondslag biedt section 111 van de Local Government Act 1972, waarvan het eerste lid, voor zover hier relevant, als volgt luidt:

‘(...) a local authority shall have power to do anything (...) which is calculated to facilitate, or is conducive or incidental to, the discharge of any other functions.’

Er is in beginsel geen apart juridisch regime voor overheidscontracten. Overheidscontracten worden geregeerd door common law, enkele specieke uitzonderingen daargelaten.<sup>9</sup>

De bevoegdheid contracten te sluiten wordt voor de *centrale overheid*, zij het niet onbekritiseerd, wel aangeduid als een prerogatieve bevoegdheid, een zogeheten ‘*new prerogative power*’. Een dergelijke kwalificatie brengt tot uitdrukking dat het om een buitenwettelijke bevoegdheid gaat – met andere woorden: zij is gevestigd in common law – en voorts dat zij in beginsel niet onderworpen is aan bijzondere (wij zouden zeggen: bestuursrechtelijke) rechtsbeginselen en rechtsregels. Zij wordt om die reden wel een willekeurige bevoegdheid genoemd.<sup>10</sup>

De uitoefening van contractuele bevoegdheden is van oudsher niet vatbaar voor judicial review, tenzij het de vraag betreft of het bestuursorgaan de bevoegdheid om een contractuele verplichting aan te gaan heeft overschreden.<sup>11</sup> In de al genoemde zaak *R versus Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc*, werd onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie overwogen:

---

9 De *Local Government (Contracts) Act 1997* bevat een bijzondere voorziening voor het geval dat een lokale overheid buiten haar bevoegdheid is getreden. Waarover Craig 2008, p. 167-168.

10 Daintith 1979, p. 41 e.v. Waarover ook Freedland 1994, p. 91.

11 Wade & Forsyth 2004, p. 792.

'If, at the other end of the scale, the source of power is contractual, as in the case of private arbitration, then clearly the arbitrator is not subject to judicial review.'<sup>12</sup>

Wanneer de rechtsverhouding echter niet zuiver contractueel is, maar er enige wettelijke (of prerogatieve) 'underpinning' is, is niet uitgesloten dat een beslissing vatbaar wordt geacht voor judicial review. Daarvoor is van belang of er sprake is van een aanvullend 'sufficient public element, flavor or character'.<sup>13</sup> Meestal is dat niet het geval. Een bekende uitspraak, die ook hierna nog aan de orde zal komen, is *Regina versus Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan*, waarin de beslissing van de Jockey Club – een private organisatie die tot op zekere hoogte een publieke taak vervult – niet vatbaar werd geacht voor de judicial review-procedure, omdat er een contractuele relatie was tussen de appellant en de Jockey Club.<sup>14</sup>

Een enkele keer is er echter sprake van een voldoende aanvullend publiekrechtelijk element. Dat is in het bijzonder het geval wanneer de contractgerelateerde beslissing voortvloeit uit algemeen bekend-gemaakt overheidsbeleid dat dient ter uitoefening van wettelijke bevoegdheden.<sup>15</sup> Bijvoorbeeld het geval waarin een lokale autoriteit – de council van een *borough* in Londen met een sterk multiraciale bevolking – aan het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw besloot geen verdere contracten meer met Shell te sluiten vanwege de banden van deze onderneming met Zuid-Afrika gedurende het apartheidsregime.<sup>16</sup> Naar Nederlands recht is het besluit tot het aangaan of niet-aangaan van overeenkomsten niet vatbaar voor beroep op de bestuursrechter (zie art. 8:3 Awb). Terzijde zij opgemerkt dat de beslissingen van enkele Nederlandse gemeenten om geen overeen-

---

12 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB p. 815 op 847 (Lloyd L.J.).

13 *R v Hampshire Farmers Markets, ex parte Beer (t/a Hammer Trout Farm)* [2004] 1 WLR 233 op p. 240 (Dyson L.J.).

14 *R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909.

15 *De Smith's* 2007, p. 143.

16 *R v Lewisham LBC, ex parte Shell UK* [1988] 1 ALL ER 938.

komsten meer aan te gaan met Shell, in hetzelfde tijdvak als dat in Engeland speelde, wel spontaan werden vernietigd door de Kroon.<sup>17</sup>

Al met al valt voor de Engelse situatie waarin een contract een rol speelt, te constateren dat het aanvullende publieke element niet snel voldoende wordt geacht: wanneer het bestuur zowel over een wettelijke grondslag beschikt als gebruikmaakt van een contractuele bevoegdheid, geeft het contractuele aspect doorgaans de doorslag en is het handelen derhalve niet vatbaar voor de judicial review-procedure.

## 5.4 De public-functiontest

### 5.4.1 Inleiding

Tussen de twee uitersten – wet en contract – moet de public-functiontest worden gepositioneerd. Bij de public-functiontest wordt gekeken of de taak die door de instelling wordt uitgeoefend, een publieke taak is. Het publieke-taakcriterium – gesproken wordt ook wel van de publieke-taakbenadering<sup>18</sup> – is zelfs zo belangrijk geworden dat zij in 2000 is vastgelegd in de civiele procesregeling, de *Civil Procedure Rules*. Rule 54.1 (2)(a) CPR luidt:

‘a “claim for judicial review” means a claim to review the lawfulness of –

(i) an enactment; or

(ii) a decision, action or failure to act in relation to *the exercise of a public function*.’<sup>19</sup>

De ‘leading case’ voor de public-functiontest is de, al meermalen genoemde, zaak *betreffende de ‘Panel on Take-overs and Mergers’*. De eiser, Datafin, in een overnamestrijd verwikkeld met N. Plc, klaagt bij het ‘Panel on Take-overs and Mergers’ dat N. Plc in strijd heeft gehandeld met de ‘City Code on Take-overs and Mergers’. Het Panel wijst de klacht af, waarop Datafin bij het High Court om verlof (in

---

17 Bijv. KB 22 december 1988, AB 1989, 490 m.nt. BJvdN (Hilversum).

18 Cane 2004, p. 4; *De Smith’s* 2007, p. 131.

19 Cursivering dzz.

de huidige terminologie: toestemming) vraagt toegelaten te worden tot de judicial review-procedure, waarbij zij zowel vernietiging van de beslissing van het Panel vordert (certiorary; nu: quashing order) als een gebod voor het Panel de beslissing tot afwijzing van de klacht te heroverwegen (mandamus; nu: mandatory order). De vraag is nu of de afwijzing van de klacht door het Panel een voor judicial review vatbare beslissing is. De rechter in eerste aanleg oordeelde van niet, maar in hoger beroep oordeelt de Court of Appeal van wel.

Aandacht behoeft dat het 'Panel on Take-overs and Mergers' wordt aangemerkt als een zelfregulerende instelling. Het is gevestigd in het beursgebouw in de City of London en is de opsteller en de bewaker van de 'City Code on Take-overs and Mergers'. Het heeft geen wettelijke, prerogatieve of aan common law ontleende bevoegdheden, noch heeft het contractuele relaties met de financiële markt of met hen die op die markt handelen.

Van belang is uiteraard op welke gronden de beslissing van het Panel vatbaar voor judicial review wordt geacht. Dat is nog niet zo gemakkelijk te zeggen, want de gronden zijn niet heel eenduidig. Sir John Donaldson M.R. beschrijft het Panel als 'performing a public duty' en zag een 'public element' in zijn werkzaamheden.<sup>20</sup> Lloyd L.J. vroeg zich af in hoeverre het Panel was 'exercising public law functions' en in hoeverre de 'exercise of its functions have public law consequences'. Hij benadrukt dat:

'If the duty is a public duty, then the body in question is subject under public law.'<sup>21</sup>

Uit deze overwegingen blijkt duidelijk dat op zoek moet worden gegaan naar het publiekrechtelijke element. De rechter is op zoek naar *materiële* aspecten van de uitoefening van een publieke taak.

---

20 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 838.

21 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 847-848.

### 5.4.2 Gezichtspunten voor de public-functiontest

Hiermee zijn we er nog niet, want nog steeds is niet duidelijk op grond waarvan een publieke taak ‘publiek’ heet. Aan de hand van welke gezichtspunten wordt de public-functiontest geconcretiseerd? In *De Smith’s Judicial Review* worden verschillende gezichtspunten genoemd die uit de rechtspraak zijn gedestilleerd; sommige daarvan zijn in de zaak van Datafin genoemd andere niet.<sup>22</sup> Er is geen algemeen gezichtspunt dat in alle gevallen kan worden toegepast.

#### ‘But-for’-test

Een veelgenoemd gezichtspunt biedt de ‘*but-for*’-test. In deze test wordt de hypothetische vraag gesteld of een *wettelijke* instelling in het leven zou zijn geroepen, ware het niet dat er reeds een *buitenwettelijke* instantie is die die functie uitoefent. In de literatuur wordt – terecht – opgemerkt dat het gezien de grote veranderingen in de reikwijdte van het overheidsoptreden, en de rechtsgedingen die daarover worden gevoerd, te betwijfelen valt of dit gezichtspunt een bevredigend criterium is.<sup>23</sup>

Naar de uitdrukkelijke toepassing van dit type criterium of test zal men in de Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie tevergeefs zoeken. Niettemin valt ook wel enige Nederlandse rechtspraak op deze manier te interpreteren. Zo is een negentiende-eeuwse concessie voor openbaar vervoer (pontveren over het Noordzeekanaal) in recente rechtspraak als publiekrechtelijk en dus als Awb-besluit aangemerkt, hoewel zij geen wettelijke grondslag heeft.<sup>24</sup> Zou tegenwoordig een stelsel voor het verlenen van dergelijke vervoersconcessies in het leven worden geroepen, dan zou dit bij wet gebeuren en zou derhalve het publiekrechtelijke karakter van de concessie buiten kijf staan. De hypothetische vraag die hier wordt gesteld, is of het stelsel heden ten dage bij wet in het leven zou zijn geroepen.

---

22 *De Smith’s* 2007, p. 133 e.v.

23 *De Smith’s* 2007, p. 134.

24 ABRvS 3 maart 2004, AB 2004, 241 m.nt. GAvdV (Noordzeekanaal).



### Statutory underpinning

Het tweede gezichtspunt is dat van de *statutory underpinning*. Bij statutory underpinning is er geen sprake van een wettelijke grondslag voor de handelende instelling, maar heeft de wetgever de instelling wel ‘woven into the fabric of public regulation’ of is de instelling opgericht ‘under the authority of government’. Dit gezichtspunt speelde mee in de Datafin-zaak, waarin de belangrijke rol van het Panel, dat publieke bescherming bood, werd onderkend en in feite werd ondersteund in bepaalde wetten.<sup>25</sup> Het Panel oefende zijn taak uit onder het gezag van de overheid, die deze buitenwettelijke constructie accepteerde althans geen aanleiding zag om haar te veranderen. In de woorden van Sir Thomas Bingham was het de vraag of:

“The effect of this decision was to extend judicial review to a body whose birth and constitution owed nothing to any exercise of government power but which had been woven into the fabric of public regulation in the field of take-over and mergers.”<sup>26</sup>

Er is in de woorden van Lloyd sprake van:

‘(...) an implied devolution of power (...) the panel was established “under authority of the Government”’.<sup>27</sup>

Dit criterium is ook in de Nederlandse jurisprudentie wel te onderkennen. Wanneer een bestuursorgaan niet over een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke grondslag beschikt, wordt door de bestuursrechter wel genoeg genomen met een ruimere wettelijke basis, die toch in enige mate voor een ‘wettelijke onderstreping’, oftewel wettelijke ondersteuning, zorgt. Een goed voorbeeld biedt de jurisprudentie waarin wettelijke zorgtaken worden aangemerkt als een wettelijke titel voor Awb-besluiten (voorheen: Arob-beschikkingen). Te denken valt

---

25 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 835-836 (Sir John Donaldson M.R.).

26 In: *R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909 op p. 921 (curs. dzz).

27 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 849 (Lloyd L.J.).

met name aan wettelijke bepalingen die algemene zorgtaken toekennen: zorg voor de natuur, asielzoekers, de kabel en de openbare weg (in respectievelijk de Natuurbeschermingswet,<sup>28</sup> de Welzijnswet,<sup>29</sup> de Wet op de telecommunicatievoorzieningen<sup>30</sup> en de Gemeentewet in samenhang met de Wegenwet<sup>31</sup>). Specifieke bevoegdheden kennen deze taakbepalingen het bestuursorgaan niet toe.

Naast deze nog vrij precies omschreven wettelijke taken, die aan bepaalde overheidsinstanties de zorg op een min of meer duidelijk afgebakend terrein toekennen, zijn er ook wettelijke bepalingen die een veel grotere reikwijdte hebben, zoals de algemene bestuursbevoegdheden. Een enkele keer wil de bestuursrechter ook daarop wel de titel van een Awb-besluit baseren. Ook deze algemene wettelijke bestuursbevoegdheden kunnen als 'wettelijke onderstreping' of ondersteuning fungeren. Zo merkte de Afdeling bestuursrechtspraak de reactie van de gemeenteraad op een verzoek om een financiële bijdrage voor een bedrijfsverplaatsing op grond van de artikelen 108 jo. 147 lid 2, Gemeentewet aan als besluit in de zin van de Awb.<sup>32</sup> Deze bepalingen brengen de bevoegdheid tot regeling en bestuur van het gemeentebestuur in het algemeen en de verdeling van deze bevoegdheden tussen de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester tot uitdrukking. Van een specifieke wettelijke grondslag is hier uiteraard in het geheel geen sprake.

### **Machtspositie**

Een derde gezichtspunt is dat de instelling over verstreckende of monopolistische bevoegdheden beschikt, zoals in de zaak van Datafin, waarin Sir John Donaldson M.R. het Panel beschreef als:

---

28 ARRvS 14 juni 1984, BR 1985, p. 19 e.v. m.nt. J. Wessel.

29 Pres. Rb. Maastricht 26 april 1996, JB 1996, 133 m.nt. HJS.

30 Pres. Rb. Breda 5 januari 1996, AB 1996, 111. Anders: ABRvS 13 maart 1997, AB 1997, 237 m.nt. GC.

31 ARRvS 1 december 1977, AB 1978, 208 m.nt. M. Scheltema en Pres. Rb. Utrecht 9 oktober 1997, JB 1997, 287 m.nt. RJNS.

32 ABRvS 11 mei 1998, AB 1998, 298 m.nt. M.J. Jacobs (Bijdrage kosten bedrijfsverplaatsing).

‘Lacking any authority de jure, it exercises immense power de facto by devising, promulgating, amending and interpreting the City Code on Take-overs and Mergers (...).’

Schending van de code kan leiden tot uitsluiting van de handel op de beurs of onderzoek door het ‘Department of Trade and Industry’ en andere sancties. Deze sancties hebben evenmin een directe wettelijke grondslag.<sup>33</sup>

Ook van private instellingen die van oudsher het exclusieve recht hebben bepaalde vergunningen te verlenen, wordt dit recht op deze grond als publiekrechtelijk aangemerkt. Zo overwoog de rechter in een van de uitspraken over de Lough Neagh Fishermen’s Co-operative Society Ltd dat de beslissing van deze privaatrechtelijke organisatie om de aanvrager een vergunning voor het vissen op aal te weigeren, vatbaar was voor de judicial review-procedure (ware het niet dat in dit geval de rechtzoekende een andere effectieve remedy had).<sup>34</sup>

Een machtspositie is niet noodzakelijk om aan de eisen van public-functiontest te voldoen. Evenmin is het zo dat het beschikken over een machtspositie zonder meer betekent dat er sprake is van een voor beroep vatbare publieke taak: extensieve of monopolistische bevoegdheden worden vaak in private sfeer uitgeoefend zonder dat zij vatbaar zijn voor judicial review. De al genoemde zaak van Aga Kahn tegen de Jockey Club heeft betrekking op de beslissing van het disciplinaire comité van de Jockey Club om eiser vanwege schending van de regels – in het bijzonder de ‘regulatory code, the Rules of Racing’ van de club – te diskwalificeren en zijn trainer te beboeten. Aga Kahn verzocht verlot (nu: toestemming) voor judicial review omdat hij door middel van een order of certiorari (nu: quashing order) de beslissing van het comité wilde laten vernietigen. Het feit dat de Jockey Club de enige instelling is op dit terrein, brengt niet met zich dat haar beslissingen vatbaar zijn voor judicial review.

---

33 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 826.

34 *R v Lough Neagh Fishermen’s Co-operative Society, ex parte Allan Kirkpatrick* [2004] NIJB 15.

Ook in ons land speelt dit argument vrijwel geen rol. Het feit dat een private instelling (vrijwel) als enige een bepaalde functie in de samenleving vervult, is op zichzelf geen reden het handelen van deze instelling als publiekrechtelijk aan te merken, ook niet als dat handelen betrekking heeft op de vervulling van een publieke taak. De NV Luchthaven Schiphol bijvoorbeeld wordt ondanks haar vórstrekende positie en ingrijpende rol in de samenleving niet aangemerkt als een bestuursorgaan. Het vaststellen van tarieven (havengeldregeling) voor het gebruik van de door Schiphol geëxploiteerde luchthaven wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak niet bestempeld als een ‘publiekrechtelijke taak of bevoegdheid’.<sup>35</sup>

### **Geen vrijwillige aansluiting of deelname**

Een vierde gezichtspunt, dat nauw verband houdt met het vorige, is de vraag of en in hoeverre er geen sprake is van vrijwillige aansluiting of deelname. In de Takeover Panel-zaak merkte een rechter op:

“The City is not a club which one can join or not at will. In that sense, the word “self-regulation” may be misleading. The panel regulates not only itself, but all others who have no alternative but to come to the market in a case to which the code applies.”<sup>36</sup>

Het feit dat er in deze zaak sprake is van verplichte aansluiting, draagt bij aan het aanmerken van de beslissing van het Panel als een beslissing die is genomen in het kader van de uitoefening van een publieke taak.

Ook in ons land speelt de aansluitverplichting een zekere rol in de rechtspraak waarin het de vraag is of een instelling als bestuursorgaan kan worden aangemerkt of haar handelingen als Awb-besluit. De Nederlandse jurisprudentie over aansluitverplichtingen is bij ons weten nooit volledig geïnventariseerd.<sup>37</sup> Een aardig voorbeeld vormt de vraag of het opleggen van een contributieheffing door een stich-

---

35 ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474 m.nt. AFMB (Schiphol).

36 *R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815 op p. 846 (Lloyd L.J.).

37 Zie wel voor enige voorbeelden: Peters 2007, p. 193-195 en Freriks 2008, p. 200 e.v.

ting (de Stichting Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw) een publiekrechtelijk besluit is – nu de rechtzoekende wettelijk verplicht is zich bij deze stichting aan te sluiten – hoewel een wettelijke bevoegdheid tot het opleggen van een contributieheffing ontbreekt. De Afdeling overweegt inderdaad dat deze stichting een bestuursorgaan is en dat het besluit tot contributieheffing een appellabel besluit is.<sup>38</sup>

### **Financiering uit publieke middelen ('public funding')**

Als vijfde gezichtspunt kan worden genoemd de omstandigheid dat de instelling van de overheid substantiële financiële steun krijgt om haar activiteiten uit te voeren. Dit punt blijkt in Engeland slechts marginale betekenis te hebben: veel culturele instellingen worden zwaar gesubsidieerd, maar dat maakt ze niet vatbaar voor de judicial review-procedure.<sup>39</sup>

Hier ligt een zeker verschil met de Nederlandse situatie. In het bijzonder worden privaatrechtelijke instellingen die van de overheid financiële steun krijgen met het oogmerk deze gelden als subsidie aan derden te verstrekken (een soort van doorgeefluikfunctie), als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1, onderdeel b, Awb aangemerkt. Een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon (veelal: een stichting) die subsidies of andere financiële uitkeringen verstrekt, wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak aangemerkt als een bestuursorgaan, indien aan de volgende twee vereisten is voldaan:

- de subsidies worden in overwegende mate uit de publieke middelen bekostigd;
- de criteria voor de verstrekking van de subsidie zijn door de overheid (doorgaans: de minister) goedgekeurd.<sup>40</sup>

---

38 ABRvS 24 december 2003, JB 2004, 82 m.nt. Hans Peters.

39 *Mullins v The Board of Appeal of the Jockey Club* [2005] EWHC 2197 (Admin) op nr. 35.

40 Zie in het bijzonder ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 114 m.nt. NV (Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp) en ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 10 m.nt. NV (Stichting MS projecten).

Niet relevant is of de subsidiestichting wel of niet door de overheid is opgericht. Niet uit het oog mag worden verloren dat de primaire taak van dit soort stichtingen is als doorgeefluik te fungeren. De lijn van deze jurisprudentie – naar de eerste, inmiddels klassieke uitspraak wel Silicose-jurisprudentie genaamd<sup>41</sup> – mag niet zonder meer worden doorgetrokken naar instellingen die weliswaar financiële steun van de overheid krijgen maar voor het overige een andere functie vervullen. Het verschil met Engeland is derhalve iets minder groot dan men wellicht op het eerste gezicht zou kunnen denken.

### **Buitenlandse overheidstaken**

Een gezichtspunt dat in de rechtspraak wel is opgeworpen, maar door de rechter niet van betekenis wordt geacht, is de omstandigheid dat de uitoefening van de publieke taak buiten Engeland wel als overheidstaak wordt beschouwd. Het is van belang om dit op te merken, omdat het naar Engels recht tamelijk gebruikelijk is om naar rechtspraak van andere common law-landen te verwijzen; beslissingen van rechters uit andere common law landen, in het bijzonder die lid zijn van de Commonwealth, worden gezien als een '*persuasive precedent*' (ter onderscheiding van een '*binding precedent*'). Het 'buitenland-argument' wordt hier echter van de hand gewezen, omdat verschillende landen de grens tussen publiekrecht en privaatrecht op verschillende plaatsen trekken.<sup>42</sup>

### **Public-interesttest**

Een, op grond van de Nederlandse discussies over de inhoud en reikwijdte van de publieke taak voor de hand liggende, vraag is of en in hoeverre het feit dat de private instelling een *publiek of algemeen belang* behartigt, in de jurisprudentie een rol speelt. Dit gezichtspunt komt inderdaad in de rechtspraak naar voren – te weten als

---

41 ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra; AB Klassiek, 5<sup>e</sup> druk, Deventer 2003, nr. 34 m.nt. G. Overkleef-Verburg (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers).

42 *R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909 op p. 932.

de *public interesttest*, die vooral van belang is voor het Noord-Ierse rechtsgebied. In een van de vele zaken over het vissen op aal in Lough Neagh – waarbij het gaat om de beslissing van een privaatrechtelijke organisatie die van oudsher gerechtigd is te beslissen over aanvragen om vergunningen voor het vissen op Lough Neagh – wordt overwogen:

‘the regulating of the fishing involves an implied duty to act in the public interest; the issues that arise are matters of public concern and interest and the regulatory control arises in a public sphere where direct governmental regulatory control is absent and the regulatory activities are providing a public service.’<sup>43</sup>

De maatstaf die thans bij de toepassing van deze test wordt aangelegd, is die van de *impact* van het algemeen belang op het publiek: het publiek moet zich niet alleen betrokken voelen maar er ook echt door geraakt zijn (‘it must affect the public rather than merely engage its interest’).<sup>44</sup> Het goochelen met ‘impacts’ en ‘affects’ is bepaald niet eenvoudig. Deze test wordt niet apart genoemd door *De Smith’s*, dat vooral een weergave bevat van de stand van het geldende recht, maar wordt elders voor de rechtsontwikkeling wel de meest omvattende en waarschijnlijk meest belangrijke test genoemd.<sup>45</sup> Vanuit Nederlands perspectief, waar het concept van het algemeen belang in het staats- en bestuursrecht een grote rol speelt, is dat niet verbazingwekkend.

### **Belasting rechterlijke macht**

Ten slotte mag niet onvermeld blijven dat de beperkte vatbaarheid van de buitenwettelijke instellingen voor judicial review de gemoederen zo hoog doet oplopen, dat zelfs in de jurisprudentie wordt ingegaan op de suggestie dat voor de toegang tot de rechter het beperkte aantal rechters en het groeiende aantal zaken in judicial review zou-

---

43 *R v Lough Neagh Fishermen's Co-operative Society, ex parte Patrick Wylie* [2005] NIQB 2 op p. 19.

44 *R v the Army Board, ex parte McBride* [1999] NI 299 op p. 310.

45 Anthony 2008a, p. 42. In het Noord-Ierse recht komt de public-interest-test overigens al wat meer uit de verf dan in het recht van Engeland en Wales.

den worden meegewogen. Het is niet verwonderlijk dat dit gezichtspunt in ferme taal wordt afgewezen; gesproken wordt van ‘wrong in principle’ en ‘of no relevance’.<sup>46</sup>

### 5.4.3 De gezichtspunten nader beschouwd

Uiteraard verschilt de precieze toepassing, maar de gezichtspunten die in de Engelse jurisprudentie worden gebruikt voor het onderkennen van de vervulling van een publieke taak, zijn ook in de Nederlandse rechtspraak te ontwaren. Ook bij ons zijn zij van belang voor het vaststellen van het publiekrechtelijke element. Hoewel de Britse publieke-taakbenadering in de praktijk regelmatig tot afwijzingen leidt,<sup>47</sup> zijn er inmiddels heel wat buitenwettelijke instellingen waarvan bepaalde handelingen vatbaar worden geacht voor judicial review. Te noemen vallen onder meer de verschillende zelfregulerende instellingen, zoals de ‘Advertising Standards Authority’ (heeft normen opgesteld voor het plaatsen van advertenties in dagbladen en dergelijke), de ‘Press Complaints Commission’ (beoordeelt klachten die veelal betrekking hebben op schending van de privacy), de ‘Bar Council’ (behandelt klachten van ‘barristers’), de ‘Code of Practice Committee’ van de farmaceutische industrie (adviseert over producten die aan medici kunnen worden aanbevolen).<sup>48</sup> Een terrein waarop bijzonder veel buitenwettelijke instellingen voorkomen waarvan wel wordt aangevoerd dat zij een publieke taak vervullen, maar ondanks veel rechtszaken de beslissingen zelden of nooit vatbaar worden geacht voor de judicial review-procedure, is de (professionele) sport.

Ter concretisering van de publieke-taakbenadering worden in de literatuur met name de ‘*but-for*’-test en het gezichtspunt dat wij hier, met *De Smith’s*, hebben aangeduid als *statutory underpinning* het meest genoemd.<sup>49</sup> Als we de Datafin-zaak vergelijken met de Jockey Club-zaak, dan oogt de uitkomst enigszins willekeurig: noch aan de

---

46 *De Smith’s* 2007, p. 137.

47 *De Smith’s* 2007, p. 132.

48 Wade & Forsyth 2004, p. 640 e.v.; vgl. ook Thompson & Jones 2007, p. 257.

49 Bijv. Cane 2004, p. 39 en Thompson & Jones 2007, p. 257.



hand van de ‘but- for’test noch aan de hand van het gezichtspunt van de statutory underpinning valt uit te leggen waarom de beslissing van het Panel wel en de Jockey Club niet vatbaar is voor de judicial review-procedure. Beide instellingen behoren niet tot de overheid, maar vervullen wel een bepaalde publieke taak. Het is slechts de – vanuit de publieke-taakbenadering gezien: toevallige – omstandigheid dat Datafin geen en Aga Khan wel een contractuele relatie met de beslissingnemende instelling had dat de beslissing van de Jockey Club buiten de boot viel.

Wanneer we de verschillende gezichtspunten voor de publieke-taaktest de revue laten passeren, valt het op dat nauwelijks uitdrukkelijk wordt gelet op de *aard van de functie* en nog veel minder op de *inhoud van de beslissing*.<sup>50</sup> Op dit punt verschilt deze rechtspraak van de benadering die wordt gehanteerd ten aanzien van de koninklijke prerogatieven: aldaar krijgt de functionele benadering wel een uitwerking die gebaseerd is op de inhoud van de beslissing. Vanuit Nederlands perspectief is het weinige belang dat aan de inhoud van de beslissing wordt toegekend heel opmerkelijk. De beslissing van het *Panel on Take-overs and Mergers* speelt zich af op het terrein van de fusies en overnames. Dat is een materie die naar haar inhoud bij ons zonder twijfel in het privaatrecht wordt gesitueerd, hetgeen voor de bestuursrechter reden is te zoeken naar gronden om geen kennis van de zaak te hoeven nemen.<sup>51</sup>

## 5.5 De functie van de publieke-taaktest

De vraag is hoe de Engelse public-functiontest zich verhoudt tot de Nederlandse jurisprudentie over de publieke taak. In hoeverre vervullen zij dezelfde functie? In de Nederlandse publieke-taakjurispru-

---

<sup>50</sup> Vgl. Cane 2004, p. 39.

<sup>51</sup> Bijv. het ontkennende antwoord van de Afdeling bestuursrechtspraak op de vraag of de gerechtsdeurwaarder kan worden aangemerkt als bestuursorgaan: ABRvS 8 augustus 2001, AB 2002, 51 m.nt. SZ. De wetgever heeft de deurwaarder en de notaris vervolgens aangemerkt als bestuursorganen in de zin van de Awb (Stb. 2002, 318). Waarover Van Ommeren 2003, p. 141-142 en Zijlstra 2008, p. 18-19.

dentie zijn, zoals gezegd, twee lijnen te onderscheiden. De ene lijn heeft betrekking op de invulling van het begrip ‘bestuursorgaan’ van de Awb, de andere op de invulling van het begrip ‘besluit’ van de Awb.<sup>52</sup>

Organen van privaatrechtelijke rechtspersonen zijn alleen bestuursorgaan voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed (art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb). Bij de invulling van het begrip bestuursorgaan hanteert de bestuursrechter de publieke taak als een maatstaf voor die gevallen waarin de rechtspersoon niet krachtens publiekrecht is ingesteld. Deze lijn in de jurisprudentie heeft betrekking op stichtingen, verenigingen, bv’s en nv’s en andere soorten privaatrechtelijke rechtspersonen.<sup>53</sup> Voorbeelden uit de rechtspraak zijn de subsidiestichtingen,<sup>54</sup> de NV Luchthaven Schiphol,<sup>55</sup> instellingen van bijzonder onderwijs die in stand worden gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen,<sup>56</sup> enzovoort. Steeds is de vraag in hoeverre zij een publieke taak uitoefenen.<sup>57</sup> Het publieke-taakcriterium fungeert als een aanvullend criterium voor die gevallen waarin de instelling niet op een (specifieke) wettelijke grondslag is gebaseerd; op dit punt vervult het een vergelijkbare functie als in het Engelse recht. Ook op een ander punt gaat de vergelijking goed op: het publieke-taakcriterium wordt hier toegepast op privaatrechtelijke instellingen en niet op de klassieke overheid.

Dit laatste is anders bij de toepassing van het publieke-taakcriterium op het besluit-begrip. De bestuursrechter bezigt het publieke-taakcriterium voor de invulling van het element ‘publiekrechtelijk’ bij de vaststelling of de bestuurshandeling een schriftelijke, publiekrechtelijke rechtshandeling inhoudt (art. 1:3 lid 1 Awb). Deze lijn in

---

52 Van Ommeren 2003, p. 135 e.v.

53 Men zie voor een recent overzicht van deze lijn in de jurisprudentie: Zijlstra 2008, p. 20 e.v.

54 O.a. ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra; AB Klassiek, 5<sup>e</sup> druk, Deventer 2003, nr. 34 m.nt. G. Overkleef-Verburg (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers).

55 ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474 m.nt. AFMB.

56 ABRvS 17 juli 2000, AB 2000, 446 m.nt. BPV.

57 In de jurisprudentie wordt ook wel gesproken van ‘overheidstaak’ of ‘publiekrechtelijke taak’; zie Van Ommeren 2003, p. 143.

de jurisprudentie heeft betrekking op handelingen van de klassieke overheid – met name de centrale overheid (bijvoorbeeld minister) en de gemeenten (bijvoorbeeld college van burgemeester en wethouders) – waarvan het de vraag is of zij als publiek- of privaatrechtelijk moeten worden aangemerkt.<sup>58</sup> Voorbeelden zijn de weigering omtrent het verzoek tot het leggen van leidingen en het maken van huisaansluitingen in gemeentelijke grond<sup>59</sup> en de weigering van de minister van Verkeer en Waterstaat om een zwaar beschadigd schip de Nederlandse territoriale wateren binnen te laten varen.<sup>60</sup> Ook hier fungeert het publieke-taakcriterium als een aanvullende maatstaf: eerst als er geen specifieke wettelijke basis is op grond waarvan het handelen als publiekrechtelijk moet worden aangemerkt, ontstaat behoefte aan het criterium van de publieke taak. Terzijde zij opgemerkt dat in de Nederlandse rechtspraak in dat geval ook wel andere aanvullende maatstaven worden aangelegd, zoals het connexiteitscriterium.<sup>61</sup>

Al met al kan worden geconcludeerd dat het publieke-taakcriterium ook in Nederland een rol speelt voor het vaststellen van de reikwijdte van de toegang tot de bestuursrechter. Verschil met de Engelse situatie is dat aldaar de publieke-taakttest vrijwel uitsluitend wordt gebruikt om bepaald optreden van private instellingen appellabel te achten; terwijl bij ons het publieke-taakcriterium evenzeer wordt toegepast op het optreden van de klassieke overheid. In beide rechtsstelsels vervult het publieke-taakcriterium een aanvullende functie.

## 5.6 De public-functiontest vanuit constitutioneel perspectief

Ten gevolge van de publieke-taakbenadering is optreden van instellingen vatbaar voor judicial review waarvan dat op het eerste gezicht

---

58 Indien de bestuurshandeling privaatrechtelijk van aard is wordt zij toegerekend aan de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt.

59 ARRvS 1 december 1977, AB 1978, 208 m.nt. M. Scheltema (Groningse Waterleiding-buizen).

60 ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498 m.nt. G.A. van der Veen; AB Klassiek, 5<sup>e</sup> druk, Deventer 2003, nr. 32 m.nt. G.A. van der Veen (Long Lin).

61 Zie voor een overzicht van de jurisprudentie over de hele linie: Jansen 2005, p. 115 e.v.

niet voor de hand had gelegen. Het Take-over Panel vervult een publieke taak en daarom is zijn beslissing vatbaar voor de judicial review-procedure.

Hoe moet deze ontwikkeling – in het licht van de constitutionele uitgangspunten – worden beoordeeld? Klassiek uitgangspunt is dat het de primaire taak van de rechter is om te bewaken of het optreden van de overheid niet buiten de bevoegdheidsgrenzen is getreden die de wetgever heeft uitgezet (*ultra vires*). Om die reden kan de rechterlijke toetsing van overheidsoptreden het sluitstuk van de parlementaire soevereiniteit worden genoemd.<sup>62</sup> Hoewel zij elkaar niet helemaal uitsluiten, is dit in principe een andere functie van bestuursrechtspraak dan het leveren van een bijdrage aan de kwaliteit van het bestuur of het bieden van rechtsbescherming aan de burger.

In de literatuur wordt een verhit debat gevoerd over de grondslag van de bevoegdheid van de rechter om overheidshandelen te toetsen.<sup>63</sup> Er zijn verschillende soorten kritiek op het klassieke uitgangspunt aan te voeren. Eén daarvan verdient hier de aandacht, omdat zij mede van belang is voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Vanuit het klassieke uitgangspunt valt goed te begrijpen dat de *source-of-power* test primair aanknoopt bij de wettelijke grondslag (*statute*). Echter, vanuit dit uitgangspunt bezien is de rechterlijke toetsing van buitenwettelijk overheidsoptreden problematisch: op grond waarvan is de rechter daartoe bevoegd? Zo beschouwd is de vatbaarheid voor judicial review van het handelen van buitenwettelijke instellingen eigenlijk niet passend.

In dit licht bezien is wel verklaarbaar waarom de ‘but-for’-test en de ‘statutory underpinning’-test het meest belangrijk worden geacht.<sup>64</sup> Deze gezichtspunten knopen nog het meest aan bij het belang dat aan

---

62 Terzijde: in dit uitgangspunt ligt mede de oorzaak van een aantal andere ‘eigenaardigheden’ van het Engelse bestuursrecht, zoals waarom veel fouten van het bestuur in judicial review niet onrechtmatig worden geacht (*Anisminic v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147) en waarom de rechter zo terughoudend is met het aanvaarden van het evenredigheidsbeginsel als norm voor het bestuur.

63 Elliot 2001, p. 165 e.v.; Barnett 2006, p. 719; *De Smith’s* 2007, p. 9. Een aantal belangrijke bijdragen is voorts te vinden in: Forsyth 2000.

64 Zie paragraaf 5.4.3.

de positie van de wetgever wordt gehecht. Gekeken wordt of *de wetgever* bij afwezigheid van een zelfregulerende voorziening niet zelf zou hebben opgetreden, dan wel of het optreden op enigerlei wijze in de *wetgeving* wordt ondersteund. Wanneer men de rechtvaardiging van judicial review bekijkt, en de constitutionele kritiek op de uitbreiding van judicial review naar buitenwettelijk optreden, dan moet toch worden geconstateerd dat de rechters aldus nog redelijk dicht bij het oorspronkelijke concept van judicial review (bewaken of de overheid niet is getreden buiten de grenzen van wettelijke bevoegdheidstoekenning) blijven.

Het valt ons op dat men in de literatuur eigenlijk niet goed in staat is een alternatieve grondslag voor bestuursrechtspraak te noemen, hoewel daaraan wel behoefte bestaat. De behoefte aan een grondslag is er niet alleen omdat het wenselijk is het rechtssysteem in theoretisch opzicht sluitend te maken, maar vooral ook omdat de bevoegdheid van de rechter zonder grondslag op lossen schroeven staat. In de woorden van Wade en Forsyth:

‘Sovereignty of parliament (...) is an ever-present threat to the position of the courts.’<sup>65</sup>

In *De Smith’s* wordt het verbazingwekkend geacht dat, hoewel men zich van de doeleinden van judicial review wel bewust is, de constitutionele rechtvaardiging zelden uitdrukkelijk onder woorden wordt gebracht.<sup>66</sup> Het antwoord in het heldere en eloquente betoog van Cane – dat wetgever en rechter verenigd zijn in een gezamenlijke onderneming van toekenning en controle van publieke overheidsbevoegdheden<sup>67</sup> – is weliswaar als constatering niet onjuist, maar biedt onzes inziens geen bevredigend antwoord voor de afwezigheid van een grondslag voor de rechterlijke bevoegdheid, want juist bij buitenwettelijk overheidsoptreden is er per definitie geen bevoegdheidstoekennende rol voor de wetgever weggelegd en kan er evenmin sprake zijn van een vorm van gezamenlijkheid.

---

65 Wade & Forsyth 2004, p. 26.

66 *De Smith’s* 2007, p. 8.

67 Cane 2004, p. 410.

Overigens komt het antwoord van Cane wel tegemoet aan een andere soort kritiek op de klassieke grondslag voor judicial review, inhoudende dat – ongeacht of wettelijk of buitenwettelijk optreden wordt beoordeeld – deze grondslag geen rechtvaardiging biedt voor een rechterlijke taakopvatting die veel verder gaat dan het toetsen of het bestuur binnen de door de wetgever uitgezette bevoegdheidsgrenzen is gebleven (*ultra vires*), terwijl ontwikkelingen van buitenaf – Europese ontwikkelinge – daartoe wel dwingen. Van belang daarbij is dat in de klassieke benadering niet uitsluitend naar de grenzen van de wettelijke bevoegdheidstoekenning wordt gekeken, maar ook wordt getoetst in hoeverre het bestuur de *rules of reasonableness, natural justice and fairness* in acht heeft genomen. De laatste jaren is de toetsing op deze common law-gronden geleidelijk aan, zij het schoorvoetend, op onderdelen iets indringender geworden. Bovendien moet sinds kort worden beoordeeld of het bestuur ook de Human Rights Act 1998 naleeft, waardoor ten aanzien van een vermeende schending van mensenrechten al helemaal niet meer met de klassieke terughoudende toetsing kan worden volstaan.

Ook in Nederland is vanuit constitutioneel perspectief kritiek geuit op de jurisprudentie van de bestuursrechter. Ook in ons land betrof het de uitbreiding van de reikwijdte van het handelen dat de bestuursrechter bereid is te beoordelen, met andere woorden: de toegangsjurisprudentie. En ook in ons land betrof de constitutionele kritiek de kennisname door de bestuursrechter van het buitenwettelijke optreden. Bezwaar van de publieke-taakjurisprudentie is dat zij op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel; bovendien is het publieke-taakcriterium zo vaag dat het moeilijk te verenigen is met het streven naar rechtszekerheid.<sup>68</sup>

Nog feller van toon was in ons land de kritiek uit staatsrechtelijke hoek op de jurisprudentie waarin de bestuursrechter het – buitenwettelijke – zelfstandige schadebesluit aanvaardde en waarin de Afdeling overwoog dat rechtsbeginselen publiekrechtelijke bevoegdhe-

---

68 Zie m.n. Goorden 1990, p. 75 e.v., Zijlstra 1997, p. 18 e.v., Van Ommeren 2003, p. 152 e.v., Peters 2004, p. 69 e.v. en Zijlstra 2008, p. 70 e.v.

den kunnen 'scheppen' en dat publiekrechtelijke bevoegdheden op rechtsbeginselen kunnen 'berusten'. 'Als rechtsbeginselen bevoegdheidsscheppend kunnen zijn, is de beer los', zo werd in de literatuur opgemerkt.<sup>69</sup> En, in reactie op degenen die menen dat het allemaal wel meevalt: 'De totalitaire staat is in het laatste geval dichtbij.'<sup>70</sup> Die kritiek is sterk gerelativeerd, omdat het transformatie van bevoegdheden betreft: deze rechtsbeginselen scheppen geen nieuwe overheidsbevoegdheden, maar transformeren – hernoemen – privaatrechtelijke overheidsbevoegdheden tot publiekrechtelijke.<sup>71</sup>

Verschillen in de constitutionele kritiek op de uitbreiding van de rechterlijke competentie zijn er uiteraard ook, zoals op grond van de uiteenlopende stelsels te verwachten viel. Het Engelse probleem is, zoals gezegd, met name dat de sovereignty of parliament geen grondslag biedt aan de rechterlijke toetsing van buitenwettelijk overheids-optreden. Het Nederlandse probleem is vooral gelegen in het feit dat voor de publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening door het bestuur een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt.

## 5.7 Bevindingen

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht wordt gemaakt met een procedureel oogmerk – de toegang tot de bestuursrechter –, maar heeft, zoals hiervoor is gebleken, mede een materiële betekenis gekregen. Met andere woorden: voor het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht worden materiële maatstaven gehanteerd. Het onderscheid is zowel van belang voor de vraag welke beslissingen moeten worden aangemerkt als publiekrechtelijke besluiten als voor de vraag welke instellingen moeten worden aangemerkt als instellingen die een publieke taak vervullen. Beide aspecten zijn van belang voor de vraag welke beslissingen vatbaar zijn voor judicial review. Beide aspecten worden overigens niet steeds scherp uit elkaar gehouden.

---

69 Kortmann 1997, p. 1327-1328 (met reacties van Drupsteen, Frielink en Ten Holder 1997, p. 1596-1599). Waarover ook Nieuwenhuis 1997, p. 351-352.

70 Kortmann 1997, p. 1599.

71 Van Ommeren 1998, p. 118-119.

Het publieke-taakcriterium blijkt buitengewoon belangrijk. Dit criterium staat op gespannen voet met de Engelse constitutionele uitgangspunten, in het bijzonder met de sovereignty of parliament.

De 'public-functiontest', de publieke-taaktest, moet worden gesitueerd tussen twee belangrijke hoofdregels in. In de eerste plaats geldt dat als het optreden een wettelijke grondslag heeft, dit optreden in beginsel vatbaar is voor de judicial review-procedure. In de tweede plaats geldt dat als van een contractuele bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, dit optreden in beginsel niet vatbaar is voor de judicial review-procedure.

Het publieke-taakcriterium wordt vooral ingevuld met verschillende gezichtspunten die in het bijzonder betrekking hebben op de taak of de rol van de optredende instelling, maar minder op de inhoud van haar beslissingen. Deze gezichtspunten laten zich zeer goed vergelijken met gezichtspunten die in Nederland een rol spelen in de publieke-taakjurisprudentie. In het volgende hoofdstuk komen de gezichtspunten aan de orde die van belang zijn voor de invulling van het begrip 'function of a public nature', dat bij de toepassing van de Human Rights Act 1998 een vergelijkbare rol speelt als de 'public-functiontest' bij de toegang tot de rechter.





## HOOFDSTUK 6

# DE HUMAN RIGHTS ACT 1998

### 6.1 Inleiding

Hiervoor is gebleken dat het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in de loop van de afgelopen vijftientig jaar een grote rol is gaan spelen bij de toegang tot de rechter. Van recentere datum is het debat over het trekken van een grens tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden in het kader van de *Human Rights Act 1998* (hierna: HRA). In paragraaf 6.2 zal eerst een korte introductie op de HRA worden gegeven. Voor de vraag op welke wijze het onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden een rol speelt in het kader van de HRA, is het begrip ‘*public authority*’ van belang. Op basis van de omschrijving van dit begrip in de HRA wordt in de literatuur een onderscheid gemaakt tussen ‘*core*’ en ‘*hybrid*’ public authorities, instanties die tot de ‘klassieke’ overheid behoren en instanties waarvan dat niet kan worden gezegd. In paragraaf 6.3 wordt de wijze waarop dit onderscheid wordt gemaakt, nader uiteengezet. In het kader van de HRA is in dit verband, evenals we hiervoor hebben gezien bij de toegang tot de rechter waarvoor de public-functiontest wordt gehanteerd (hoofdstuk 5), een publieke-taaktest van belang: hier gaat het om de vraag of sprake is van een ‘*function of a public nature*’. De invulling van dit begrip is nog niet erg eenduidig en daarover is naar aanleiding van de rechtspraak een hoog oplopend debat ontstaan. De uitspraak van het House of Lords die in dit debat centraal staat, de YL-zaak, wordt in paragraaf 6.4 besproken. In paragraaf 6.5 komen vervolgens de verschillende gezichtspunten aan de orde die een rol spelen bij de invulling van het

begrip ‘function of a public nature’ en wordt ingegaan op de argumenten om bij die invulling al dan niet ruimhartig te zijn.

## 6.2 Introductie op de Human Rights Act 1998

Het Verenigd Koninkrijk kent, anders dan Nederland, een dualistisch systeem voor de doorwerking van internationaal recht. Dat betekent dat ter implementatie van internationale verdragen steeds eigen wetgeving moet worden gemaakt waarmee de internationale verplichtingen worden vertaald in nationaal recht waarop burgers een beroep kunnen doen. Om de rechten uit het EVRM in het Verenigd Koninkrijk gelding te laten krijgen is de Human Rights Act 1998 opgesteld, die vanaf oktober 2000 volledig van kracht is geworden; een mooie aanduiding van dit proces is ‘*bringing rights home*’. Bij dit alles dient te worden bedacht dat het Verenigd Koninkrijk geen geschreven constitutie kent waarin bepaalde fundamentele rechten van burgers tegenover de overheid worden gegarandeerd. De HRA is dan ook een gewone wet die in beginsel door later uitgevaardigde wetgeving kan worden gewijzigd. Ook hier is aldus weer de ‘sovereignty of parliament’ het leidende principe.

Niettegenstaande dit uitgangspunt wordt inmiddels toch aan enkele wetten, waaronder de HRA, wel het, in de rechtspraak geformuleerde, predikaat van ‘*constitutional statute*’ verbonden.<sup>1</sup> Daarmee wordt beoogd aan te geven dat het parlement weliswaar met nieuwe wetgeving de desbetreffende wet kan wijzigen, maar dat zulks dan in ieder geval wel uitdrukkelijk dient te gebeuren. De HRA kan daarmee toch als een wat ‘zwaardere’ wet worden gezien.<sup>2</sup> Dit zwaardere karakter volgt in wezen ook uit de inhoud van de HRA: *alle* wetgeving in het Verenigd Koninkrijk (dus zowel *primary* – oftewel: par-

---

1 Naast de HRA gaat het dan met name om de European Communities Act 1972, waarmee de toetreding tot de Europese Gemeenschap werd geëffectueerd, en de ‘Devolution Acts’ uit 1998, waarmee decentralisatie van het overheidsbestuur in het Verenigd Koninkrijk werd gerealiseerd door de instelling van aparte parlementen en regeringen voor Schotland, Wales en Noord-Ierland.

2 Zie hierover o.a. Barnett 2006, p. 189-191.

lementaire – wetgeving als *subordinate* – oftewel lagere – wetgeving) moet worden geïnterpreteerd in het licht van wat de HRA noemt ‘*the Convention rights*’ (section 3 HRA). Als een rechter tot de conclusie komt dat een bepaling uit de parlementaire wetgeving in strijd is met deze rechten, moet hij deze weliswaar gewoon toepassen maar kan hij tevens een ‘*declaration of incompatibility*’ geven (section 4 HRA). De geldigheid van de wettelijke bepaling wordt daarmee niet aangetast, maar de desbetreffende minister moet dan overwegen of hij strijdig geachte wetgeving wil doen aanpassen.

Een centrale bepaling in de HRA vormt het algemene verbod voor overheidsinstanties – ‘*public authorities*’ – om te handelen in strijd met de rechten uit het EVRM. Ook in dit verband komt weer een bijzondere positie toe aan parlementaire wetgeving: het algemene verbod om in strijd met de rechten uit het EVRM te handelen, geldt namelijk niet wanneer de overheidsinstantie gelet op de nationale wetgeving niet anders heeft kunnen handelen dan ze heeft gedaan (section 6(1) en (2) HRA).

### **6.3 Het begrip ‘overheid’ in de HRA**

#### **6.3.1 Geen horizontale werking?**

Voor het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht is het van belang te beseffen dat het EVRM de burgers rechten geeft die zij tegenover de overheid kunnen inroepen. Met andere woorden: het gaat om een toepassing van deze rechten in zogeheten verticale verhoudingen. Vanuit dit perspectief is er in de HRA voor gekozen om het handelen van de overheid – public authorities – centraal te stellen: een ‘public authority’ mag niet in strijd met de rechten uit het EVRM handelen. Er zijn evenwel auteurs die betogen dat deze rechten ook in privaatrechtelijke verhoudingen van belang zijn en dat aldus ook een horizontale werking van deze rechten kan worden aangenomen.<sup>3</sup> Dit standpunt wordt dan mede beargumenteerd door

---

3 Zie bijvoorbeeld Wade & Forsyth 2004, p. 167 e.v.

erop te wijzen dat ook de rechterlijke instanties als ‘public authority’ zijn aangemerkt en dat deze, ook wanneer zij moeten oordelen in geschillen tussen private partijen, gebonden zijn aan de mensenrechten.<sup>4</sup> Er zijn inmiddels ook wel enige rechterlijke uitspraken te noemen waarin de betekenis van bepaalde mensenrechten doorklinkt in puur privaatrechtelijke verhoudingen.<sup>5</sup> Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke horizontale werking het belang van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht voor de toepassing van de HRA relatieveert; Wade en Forsyth zetten duidelijk in op een dergelijke relativerende benadering. Wat daar ook van zij, in de rechterlijke uitspraken over de toepasselijkheid van de HRA en de betekenis van het begrip ‘public authority’ in dit verband wordt tot dusver niet ingegaan op de mogelijkheid dat de beweerdelijk geschonden mensenrechten ook in een privaatrechtelijke verhouding relevant zouden zijn. De vraag naar de reikwijdte van het begrip ‘public authority’ wordt daarentegen van zo groot belang geacht omdat *juist* tegenover een ‘public authority’ de bescherming van de beweerdelijk geschonden grondrechten kan worden ingeroepen. Als dat in een zuiver privaatrechtelijke verhouding in wezen op dezelfde wijze zou kunnen geschieden, zouden de debatten over de reikwijdte van het begrip ‘public authority’ niet zo hoog oplopen als hierna nog zal blijken.

---

4 Evenzo kan erop worden gewezen dat het EVRM meebrengt dat de deelnemende staten de verplichting hebben hun rechtssysteem zodanig in te richten dat burgers ook worden beschermd tegen inbreuken op de in het Verdrag gegarandeerde rechten door andere burgers (private partijen). Dit argument wordt wel gebruikt om te betogen dat het niet nodig is om een speciaal regime te creëren voor de gebondenheid van overheidsorganen aan de EVRM-rechten. Zie Oliver 2004, p. 334. Het gaat ons hier echter niet om de vraag in hoeverre het rechtssysteem in het Verenigd Koninkrijk al dan niet in overeenstemming is met het EVRM. Ons interesseert hier immers de vraag hoe men in het Verenigd Koninkrijk de grens tussen publiekrecht en privaatrecht probeert te trekken.

5 Een bekende zaak is *Douglas v Hello! Ltd.* [2002] 2 WLR 992, waarin Michael Douglas en Catherina Zeta-Jones zich verweerden tegen de publicatie van hun huwelijksfoto's door het blad *Hello!*. In deze zaak lijkt voor het eerst min of meer direct het recht op privacy te worden erkend (voorheen werd een dergelijk verbod veelal enigszins kunstmatig geconstrueerd door een actie uit ‘*tort*’ (onrechtmatige daad) vanwege ‘*breach of confidence*’).

### 6.3.2 ‘Core’ en ‘hybrid’ public authorities

Voor het toepassingsbereik van de HRA is het begrip ‘public authority’ van groot belang.<sup>6</sup> Wat onder een ‘public authority’ moet worden verstaan, wordt op enigszins gebrekkige wijze omschreven in section 6, subsection 3 en 5, van de HRA.

- ‘(3) In this section “public authority” includes –
  - (a) a court or tribunal, and
  - (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature,  
but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.  
(...)
- (5) In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private.’

Opvallend, en daarom hiervoor als gebrekkig gekwalificeerd, van deze definitie is dat zij niet begint met een algemene omschrijving van het begrip ‘public authority’, maar in wezen slechts aangeeft wat *ook* daaronder valt (‘includes’) of *juist niet* daaronder valt (‘does not include’). De meest voor de hand liggende categorie van instanties die als ‘public authority’ moeten worden gezien, wordt in deze bepalingen niet genoemd. Deze overheidsinstanties worden in de literatuur wel aangeduid als ‘*core public authorities*’.<sup>7</sup> Voor de instanties waar de nadere omschrijving van section 6(3)(b) op ziet – de instanties

---

6 De HRA is niet de enige wet waarvoor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht van belang is, maar wel veruit de belangrijkste. In het bijzonder voor de toepassing van de Northern Ireland Act 1998 en de Freedom of Information Act 2000 is het onderscheid eveneens relevant. Deze wetten werken echter met een formele lijst die bepaalt welke autoriteiten onder de werking van de wet vallen.

7 Andere benamingen zijn ‘*pure*’, ‘*true*’, ‘*standard*’ of ‘*through-and-through*’ public authorities, zie *De Smith’s* 2007, p. 146.

met 'certain functions of a public nature' – wordt dan de aanduiding 'hybrid public authorities' gebruikt.<sup>8</sup>

Over de 'core public authorities' wordt in de HRA verder niets gezegd.<sup>9</sup> Het betreft de klassieke overheidsinstanties (regering, ministers, decentrale overheidsorganen), maar bijvoorbeeld ook instanties die wij als zelfstandige bestuursorganen zouden aanduiden.<sup>10</sup> Deze instanties vallen voor al hun functioneren onder het bereik van de HRA, met andere woorden: als de *instantie* kan worden gezien als een 'core public authority', hoeven hun *handelingen* (*acts*) voor de toepasselijkheid van de HRA niet nader te worden gekwalificeerd. Ook in het kader van 'privaatrechtelijk' optreden zijn deze instanties gehouden om rechten uit de HRA te respecteren. Het systeem dat de HRA voor 'core public authorities' hanteert, is daarmee vergelijkbaar met de wijze waarop de Awb in Nederland de zogenoemde a-organen behandelt. Anders dan het Engelse recht geeft de Awb echter ook daadwerkelijk een definitie van dit soort instanties: het gaat om een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld.

Om te waarborgen dat de rechten uit de HRA ook kunnen worden ingeroepen tegenover organisaties die niet tot de 'klassieke' overheid behoren, is in de HRA bepaald dat een 'public authority' ook is 'any

---

8 Een andere benaming is '*functional public authority*'. Op verschillende plaatsen wordt kritiek geleverd op dit soort benamingen omdat daarmee het accent wordt gelegd op de aard van de instantie, terwijl het de HRA juist te doen is om de taak. Zie Oliver 2004, p. 337 en Joint Committee on Human Rights 2004, p. 6. Zoals in *De Smith's* 2007, p. 155, kan echter worden geconstateerd dat spreken van 'hybrid public authorities' als 'useful shorthand' kan worden gezien om een beeld te geven van het soort instanties dat onder de reikwijdte van de HRA valt.

9 Lord Nicholls of Birkenhead zegt daarover in de Aston Cantlow-zaak dat de term 'public authority' ook niet een 'recognised term of art in English law' is, met andere woorden: niet een vaststaande betekenis heeft. De term refereert in dit verband volgens hem aan instanties wier aard 'governmental' in een brede zin van het woord is. Achter deze kwalificatie liggen factoren als dat dit soort instanties beschikt over speciale bevoegdheden, dat er sprake is van een democratische verantwoordingsplicht, dat zij (geheel of gedeeltelijk) worden gefinancierd uit publieke middelen, dat zij alleen in het algemeen belang mogen handelen en in wezen gegrondvest zijn in de wet.

10 Zie Landau 2007, p. 630.

person certain of whose functions are functions of a public nature'. Met andere woorden: de maatstaf is of en in hoeverre de instelling een *publieke taak* verricht. 'Hybrid' of '*functional public authorities*' onderscheiden zich van 'core public authorities' doordat ze slechts '*certain functions*' hebben die als '*functions of a public nature*' kunnen worden gezien. Alleen in de uitoefening van die taken worden zij beschouwd als 'public authority' en is op hen de HRA van toepassing. Maar, voegt subsection 5 daaraan toe, 'in relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private'.<sup>11</sup> Met andere woorden: wanneer een instantie als 'public authority' moet worden aangemerkt omdat deze een 'function of a public nature' uitvoert, dan kunnen in het kader van die publieke taak toch weer handelingen plaatsvinden die als privaatrechtelijk moeten worden gekwalificeerd en dus niet onder de HRA vallen. Deze beperking is niet van toepassing op de 'klassieke' overheidsinstanties.<sup>12</sup>

Wat betreft de 'hybrid public authorities' is de HRA vergelijkbaar met de wijze waarop de Awb de zogenoemde b-organen positioneert; deze vallen niet voor al hun handelen onder de Awb, maar alleen voor zover zij handelingen verrichten die hen als bestuursorgaan kwalificeren. Voor het aanmerken van een instantie als b-orgaan in de zin van de Awb is van belang dat de desbetreffende instantie met enig openbaar gezag is bekleed. In Nederland kijken we bij deze categorie instanties dan met name naar de vraag of zij besluiten in de zin van de Awb nemen. Voor het aannemen van een 'hybrid public authority' is, als gezegd, relevant of die instantie een 'function of a public nature' uitvoert. Hierna zal blijken dat de invulling van dit begrip nog niet heel eenduidig is.

---

11 *De Smith's* 2007, p. 148, merkt op dat vergelijkbare formuleringen van het begrip 'public authority' in steeds meer wetgeving in het Verenigd Koninkrijk worden gebruikt.

12 Subsection 5 verwijst immers alleen maar terug naar subsection 3 van section 6 HRA.



Over de reikwijdte van de categorie ‘hybrid public authorities’ – met andere woorden: over de niet tot de klassieke overheid behorende instanties met een ‘function of a public nature’ – is in Engeland inmiddels een hoogoplopend debat ontstaan. Achtergrond voor het in de wet opnemen van een aanduiding van die ‘hybrid authorities’ vormde het besef dat juist in de jaren voorafgaand aan de totstandkoming van de HRA, in het bijzonder onder premier Thatcher, veel taken die van oudsher door de overheid waren uitgevoerd, inmiddels in handen waren gelegd van private organisaties. Daardoor werd het nodig geacht om naast een *institutioneel* overheidsbegrip, dat aanknoopt bij de aard van de instanties, ook een *functionele* omschrijving van de overheid, die aanknoopt bij de aard van de activiteiten (de taken), te geven.<sup>13</sup> De – in de ogen van sommigen te beperkte – wijze waarop in de jurisprudentie aan deze bepalingen invulling is gegeven, heeft veel stof tot discussie opgeworpen. Vrij recent heeft het House of Lords zijn standpunt in deze kwestie kenbaar gemaakt in de zaak YL versus Birmingham City Council (hierna: de YL-zaak).<sup>14</sup> Vanwege het belang voor het hiervoor aangeduide debat, wordt op deze zaak in de volgende paragraaf uitvoerig ingegaan

## 6.4 YL versus Birmingham City Council

### 6.4.1 De casus

In de zaak YL stond de vraag centraal of de exploitant van een verzorgingstehuis voor de toepassing van de HRA moet worden gezien

---

13 Aardig is vervolgens wel om te vermelden dat de eerste zaak waarin het House of Lords moest oordelen over de reikwijdte van section 6(3)(b) HRA, juist een zaak was die met die modernisering van de overheid niets van doen had. In *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallban*, [2003] UKHL 37; [2004] 1 AC 546 (hierna: de Aston Cantlow-zaak) ging het om de vraag of een parochieraad van de Church of England die een lekenpredikant (lay-rector) op grond van de Chancel Repairs Act 1932 aansprak op betaling voor reparatie van het koor in de parochiekerk een ‘function of a public nature’ uitvoerde. Die vraag werd ontkennend beantwoord.

14 *YL v Birmingham City Council* [2007] UKHL 27 [2007] 3 WLR 112.

als een ‘hybrid public authority’. De zaak was aangespannen door mevrouw YL, een bejaarde dame die aan de ziekte van Alzheimer leed, en was opgenomen in een verzorgingstehuis dat werd geëxploiteerd door Southern Cross Healthcare Ltd. Vanwege problematisch gedrag van haar familieleden tijdens het bezoek wilde Southern Cross de plaatsing van mevrouw YL in het tehuis beëindigen. Mevrouw YL deed daarop via de HRA een beroep op artikel 8 EVRM (huisrecht). Van belang in het geheel is dat op het gemeentebestuur ingevolge de National Assistance Act 1948 de wettelijke verplichting rust om te zorgen voor een plaats in een verzorgingstehuis voor personen van wie is vastgesteld dat zij dat nodig hebben (*‘make arrangements for providing residential accomodation’*). Omdat mevrouw YL daarin niet zelf kon voorzien, betaalde het gemeentebestuur bovendien op grond van de wet het grootste deel van de kosten. De kern van het geschil betrof de vraag of Southern Cross als exploitant van het verzorgingstehuis moest worden gezien als een instantie die op dit punt een ‘function of a public nature’ uitvoert. In zijn arrest met vijf uitvoerige ‘*opinions*’, waarvan twee ‘*dissenting*’,<sup>15</sup> beantwoordde het House of Lords die vraag ontkennend.

#### **6.4.2 Waarom voert het verzorgingstehuis geen ‘function of a public nature’ uit?**

##### **‘Arranging and funding’ versus ‘providing’**

Een belangrijk argument in de leading opinions vormt het onderscheid tussen de op de lokale overheid rustende verplichting om ervoor te zorgen dat er voor een bepaalde groep personen accommodatie beschikbaar is en daarvoor ook te betalen (*‘arranging and funding’*) en het daadwerkelijk verschaffen van die accommodatie zelf (*‘providing’*). De publieke taak ten aanzien van de huisvesting en verzorging van bepaalde personen betreft alleen ‘arranging and funding’ en niet ‘providing’. Het verschaffen van een plaats in een

---

<sup>15</sup> Zie over de waarde van het zo uitvoerig met leading en dissenting opinions documenteren van rechterlijke beslissingen Kirby 2007, p. 379 e.v.

verzorgingstehuis en het leveren van de daarbij behorende zorg staan in dit opzicht los van de overheidstaak om ervoor te zorgen dat die voorzieningen voor bepaalde personen beschikbaar zijn. In de wettelijke regeling is uitdrukkelijk onderkend dat het gemeentebestuur aan zijn verplichtingen kan voldoen door zelf de benodigde accommodatie te verschaffen, dan wel door daarover afspraken aan te gaan met vrijwilligersorganisaties of commerciële exploitanten. Dat lokale overheden soms ook zelf (en vroeger in belangrijkere mate) die voorzieningen verschaffen, doet daaraan volgens deze opvatting niet af en maakt dat verschaffen van die voorzieningen als zodanig nog geen publieke taak.

### **De positie van bewoners van een privaat verzorgingstehuis**

Niet relevant achten de desbetreffende *Law lords* dat het voor de toepasselijkheid van de HRA aldus verschil maakt of een burger is opgenomen in een door de overheid geëxploiteerd verzorgingstehuis (en dan wel de bescherming van de HRA geniet), dan wel in een door een private instantie geëxploiteerd tehuis. Het wordt juist ongerijmd geacht om verschil te maken tussen bewoners van een en hetzelfde particuliere verzorgingstehuis naargelang ze al dan niet door tussenkomst van de overheid daarin terecht zijn gekomen. Degenen die zelf hun accommodatie en zorg kunnen regelen en financieren (*'self funders'*) zouden dan immers ten opzichte van de exploitant van het verzorgingstehuis een geringere bescherming genieten (namelijk geen beroep kunnen doen op de HRA) dan degenen voor wie de overheid een en ander heeft gearrangeerd. Opgemerkt wordt verder nog dat de verplichting tot *'arranging and funding'* niet uitgewerkt is nadat een persoon in een particulier verzorgingstehuis is geplaatst. Met andere woorden: burgers behouden de mogelijkheid om zich jegens de lokale overheidsinstantie te beroepen op de HRA als zij menen dat de wijze waarop hun huisvesting en zorg zijn geregeld daartoe aanleiding geeft.

Bedacht dient te worden dat deze mogelijkheid op zichzelf overigens nog niet een volledig bevredigende oplossing biedt. In dit verband zij er op gewezen dat in het Engelse recht sterk de nadruk

ligt op de vraag of men met de beschikbare acties (remedies) ook daadwerkelijk kan bereiken wat men beoogt, in dit geval dus voorkomen dat mevrouw YL uit het verzorgingstehuis zou worden gezet. Een beroep op de EVRM-rechten jegens de lokale overheidsinstantie zal zeer waarschijnlijk niet een dergelijk resultaat hebben. Daarom is het van belang dat, zoals ook in casu het geval bleek te zijn, de lokale overheidsinstanties in de afspraken die zij met de particuliere woonruimte- en zorgverstrekkers zijn aangegaan ook bedingen dat dezen de EVRM-rechten uit de HRA jegens hun cliënten respecteren. Doordat de naleving van de EVRM-rechten als contractuele verplichting voor de particuliere exploitant van het verzorgingstehuis geldt, zou per saldo het in de ‘remedy-benadering’ gewenste resultaat kunnen worden bereikt.

### **Relatie met Straatsburgse jurisprudentie; bedoeling van de HRA**

Hoewel niet sterk op de voorgrond, speelde in de beslissing in de zaak YL ook de vraag in hoeverre de Straatsburgse jurisprudentie aanleiding zou kunnen vormen om het Verenigd Koninkrijk aansprakelijk te achten voor schending van de mensenrechten door organisaties als Southern Cross, een rol. Evenmin als in de leading opinions wordt in de dissenting opinions op basis daarvan echt<sup>16</sup> verdedigd dat Southern Cross als overheidsinstantie zou moeten worden gekwalificeerd. Wel wordt echter betoogd dat de HRA weliswaar is ingegeven door de wens om in het nationale recht een mogelijkheid tot bescherming van de rechten uit het EVRM te bieden, maar dat het wenselijk is om aan de HRA een ruimer beschermingsbereik toe te kennen. In de dissenting opinions wordt daarom het onderscheid tussen ‘arranging and funding’ en ‘providing’ afgewezen en wordt het verschaffen van woonruimte en zorg als onderdeel van de publieke taak gezien, die in dit geval door Southern Cross, als ‘hybrid authority’, wordt uitgevoerd. Lord Bingham of Cornhill<sup>17</sup> betoogt in dit verband zelfs

---

16 Alhoewel Baroness Hale op dit punt wel een slag om de arm houdt, zie haar conclusie in nr. 60 van de YL-zaak.

17 Zie nr. 20 van de YL-zaak.

dat men bij het opstellen van section 6(3)(b) HRA juist het oog had op de situatie zoals in deze casus aan de orde is.<sup>18</sup>

### 6.4.3 De wetgever aan zet

De invulling die in de jurisprudentie, zoals in de YL-zaak, aan het begrip ‘function of a public nature’ is gegeven, heeft in het Verenigd Koninkrijk de nodige pennen in beweging gebracht. Voorafgaand aan de YL-zaak was naar aanleiding van eerdere jurisprudentie die dezelfde kant op koerste<sup>19</sup> al een tweetal rapporten verschenen van de

---

18 Lord Bingham of Cornhill verwijst naar de *bedoelingen van het parlement* bij de totstandkoming van de HRA als hij zelf eigenlijk al tot de conclusie is gekomen dat Southern Cross als ‘hybrid authority’ moet worden aangemerkt. Dat de bedoelingen van de wetgever bij de totstandkoming van de HRA in de rechterlijke overwegingen zo’n geringe rol spelen, heeft te maken met de manier waarop men in het Verenigd Koninkrijk aankijkt tegen de betekenis van de wetsgeschiedenis voor de uitleg die de rechter aan wetgeving geeft. De leading case op dit punt is de zaak *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart* [1993] AC 593; [1992] 3 WLR 1032. Alleen als wetgeving ‘*obscure or ambiguous*’ is, is het toegestaan te verwijzen naar uitspraken van een minister, mits die uitspraken voldoende duidelijk zijn. In de Aston Cantlow-zaak had het Court of Appeal [2001] 3 WLR 1323 over het begrip ‘public authority’ weliswaar gezegd dat dit geen vaststaand begrip is of dat de toepassing van dit begrip steeds eenduidig is. Maar van ‘*ambiguous or obscure*’ in de zin van *Pepper v Hart* was toch ook geen sprake. Deze opvatting werd door het House of Lords gedeeld, zie *Aston Cantlow*, Lord Hope of Craighead, nr. 37 en Lord Rodger of Earlsferry, nr. 161 en 162. Zie ook Lord Mance in de YL-zaak, nr. 89. Een ratio voor dit standpunt is te vinden in de woorden van Lord Hope of Craighead, in nr. 37 van de *Aston Cantlow*-zaak: ‘But it is not the ministers’ words, uttered as they were on behalf of the executive, that must be referred to in order to understand what Parliament intended. It is the words used by Parliament that must be examined in order to understand and apply the legislation that is has enacted.’

19 Court of Appeal *R v Leonard Cheshire Foundation, ex parte Heather* [2002] EWCA Civ 366; [2002] HRLR 30. Die uitspraak gaat ook over een care home en is vergelijkbaar met de YL-zaak. Zie ook Queens Bench Division *R v Servite Houses, ex parte Goldsmith* [2001] 33 HLR 35, een pre-HRA-zaak vergelijkbaar met de YL-zaak, waarin de beslissing van een care home om iemand te verplaatsen naar een ander care home niet reviewable werd geacht. In *Poplar Housing & Regeneration Community Association v Donoghue* [2001] ECWA Civ 595; [2002] QB 48 heeft het Court of Appeal de beslissing van Poplar, een soort woningcorporatie, om een huurder op straat te zetten vatbaar voor judicial review geacht. Het Court of Appeal merkt op dat een situatie waarin een taak die voorheen door een lokale overheid werd uitgeoefend nu wordt uitgeoefend door een particuliere instantie, niet automatisch moet worden gezien als een situatie waarin die particuliere instantie een publieke taak uitoefent. In dit geval is dat echter anders omdat Poplar eigenlijk zo nauw verbonden was met

'Joint Committee on Human Rights',<sup>20</sup> waarin de beperkte reikwijdte die in de jurisprudentie aan het begrip 'hybrid public authorities' wordt gegeven, wordt gehekel en wordt aangedrongen op maatregelen (bij voorkeur door wettelijke voorzieningen). Ook van regeeringszijde is op verschillende plaatsen betoogd dat het wenselijk is om de lijnen voor het aannemen van een 'function of a public nature' ruimer te trekken dan in de jurisprudentie werd gedaan. Zo is bijvoorbeeld vanwege de '*Secretary of State of Constitutional Affairs*' in de YL-zaak geïntervenieerd bij het Court of Appeal om een ruimere reikwijdte van het begrip 'function of a public nature' te bepleiten.

Naar aanleiding van de uitspraak in de YL-zaak heeft de voorzitter van de Joint Committee on Human Rights een voorstel voor een '*private member bill*', vergelijkbaar met een initiatiefwetsvoorstel bij ons, ingediend waarmee een nadere uitwerking wordt gegeven aan de betekenis van het begrip 'public function' in section 6 HRA.<sup>21</sup> Het is expliciet de bedoeling van dit initiatiefvoorstel dat instanties als Southern Cross onder het bereik van de HRA gaan vallen.

Dergelijke 'private member bills' brengen het overigens zelden tot de status van 'wet', maar weten soms wel een bepaald punt onder de aandacht van het publiek, en minstens zo belangrijk, de regering te brengen. Voor het terrein waarop de YL-zaak betrekking had – de zorg voor de gezondheid en het sociale welzijn – heeft alle commotie er in ieder geval toe geleid dat de wetgever heeft ingegrepen. In de Health and Social Care Act 2008 is inmiddels in section 145 expliciet bepaald dat de exploitant van een verzorgingstehuis die huisvesting

---

gemeentebestuur. Deze zaak lijkt daarom meer een uitzondering te geven dan een regel. Oliver 2004, p. 331 kritiseert de redenering in Poplar omdat er institutionele argumenten worden gebruikt om een taak als publieke taak te kwalificeren.

20 Het Joint Committee on Human Rights is een door het House of Lords en House of Commons gezamenlijk aangestelde commissie die rapporteert over aangelegenheden inzake de mensenrechten in het Verenigd Koninkrijk, en zo nodig voorstellen doet voor verbetering van de wetgeving. Het tweede rapport is in het voorjaar van 2007 uitgebracht, kort voor de House of Lords-uitspraak in de YL-zaak.

21 Bill 42 08-09, geïntroduceerd op 26 januari 2009. Eerder waren ook al voorstellen die hetzelfde beoogden ingediend, bijvoorbeeld: Bill 123 06-07 over Protection of Adults in Care (Prevention of Harm and Exploitation), Bill 43 06-07 (Meaning of Public Authority) en Bill 45 07-08 (Human Rights Act 1998. Meaning of Public Function).

en verpleging of verzorging aan een burger levert ingevolge afspraken die daartoe onder de relevante wettelijke regelingen met die instantie zijn gemaakt, voor de toepasselijkheid van section 6(3)(b) HRA moet worden gezien als een instantie die een ‘function of a public nature’ uitvoert.

## **6.5 ‘Functions of a public nature’**

### **6.5.1 Gezichtspunten voor de ‘function of a public nature’**

Vergeleken met de hoeveelheid jurisprudentie over de mogelijkheid van judicial review is er nog niet zo’n omvangrijke hoeveelheid jurisprudentie over de toepasselijkheid van de HRA op – in oorsprong – private instanties,<sup>22</sup> oftewel over de vraag wanneer sprake is van een ‘function of a public nature’. Niettemin kan uit de beschikbare jurisprudentie en de literatuur daarover wel een aantal gezichtspunten worden gedistilleerd die een rol spelen in de argumentatie wanneer een instelling moet worden aangemerkt als een public authority, meer in het bijzonder als een instelling die een publieke taak, een ‘function of a public nature’, verricht. Zowel in de jurisprudentie als in de literatuur wordt ook met het benoemen van een aantal relevante gezichtspunten geprobeerd grip te krijgen op de wijze waarop het begrip ‘function of a public nature’ wordt ingevuld. Opgemerkt zij echter dat steeds wordt benadrukt dat niet kan worden uitgesloten dat in een concreet geval ook nog andere gezichtspunten relevant blijken; bovendien kan de relevantie van de verschillende gezichtspunten in concrete zaken verschillen. Evenals het geval is bij judicial review geldt voor de invulling van het begrip ‘function of a public nature’ in het kader van de HRA. In de woorden van Lord Nicholls of Birkenhead in de Aston Cantlow-zaak:

‘Clearly there is no single test of universal application.’

---

22 Er zijn pas twee uitspraken van de hoogste rechter, het House of Lords: Aston Cantlow en YL.

Wij geven hierna een kort overzicht van de onzes inziens belangrijkste gezichtspunten.<sup>23</sup>

### **Uitoefening van wettelijke bevoegdheden**

Een eerste gezichtspunt betreft de vraag of de instantie voor de uitvoering van de desbetreffende taak beschikt over wettelijke bevoegdheden.<sup>24</sup> Het bestaan van wettelijke bevoegdheden zal in het algemeen veel gewicht in de schaal leggen om te concluderen tot een ‘function of a public nature’. Doorslaggevend is dit punt echter niet, omdat dergelijke bevoegdheden ook kunnen zijn toegekend voor persoonlijke, religieuze of commerciële doeleinden.<sup>25</sup> Het ontbreken van wettelijke bevoegdheden zou echter volgens Lord Bingham of Cornhill in de YL-zaak wel eens kunnen indiceren dat het parlement de desbetreffende taak niet publiek acht en daarom ook niet geschikt voor publieke regulering.<sup>26</sup>

In Nederland zouden wij het bestaan van een wettelijke bevoegdheid om eenzijdig verplichtingen op te leggen aan een burger als de belangrijkste reden beschouwen om het handelen van een instantie als publiekrechtelijk te kwalificeren. Het eenzijdig opleggen van verplichtingen is in onze visie immers bij uitstek een voorbeeld van het uitoefenen van openbaar gezag, hetgeen bij ons als kenmerkend criterium voor het als publiekrechtelijk kwalificeren van een handeling wordt gezien. Omdat in Engeland de aard van de taak (de ‘function of a public nature’) centraal staat, wordt de vraag met het oog waarop de wettelijke bevoegdheid bestaat belangrijk geacht. Zo kon bijvoorbeeld in de Aston Cantlow-zaak worden geconcludeerd dat hoewel de parochieraad van de Church of England over een wettelijke bevoegd-

---

23 Zie voor een iets uitvoeriger overzicht, waarin onzes inziens echter ook een paar overlappingsen zitten, *De Smith's* 2007, p. 157-161.

24 Zie Lord Nicholls of Birkenhead in nr. 12 van de Aston Cantlow-zaak, Lord Bingham of Cornhill in nr. 8 van de YL-zaak.

25 Zie Lord Mance in nr. 101 van de YL-zaak. Een voorbeeld daarvan biedt de wettelijke bevoegdheid van de parochie van de Church of England tot het afdwingen van betalingen voor reparatie van het koor in een kerk, die aan de orde was in de Aston Cantlow-zaak.

26 Zie nr. 8 in de YL-zaak.



heid beschikte om een lekenpredikant (*lay rector*) te verplichten tot bepaalde betalingen, deze bevoegdheid niet was gegeven met het oog op een ‘function of a public nature’

### **Financiering uit publieke middelen (‘public funding’)**

Een tweede gezichtspunt vormt de ‘*public funding*’. Het feit dat de uitvoering van een bepaalde activiteit uit publieke middelen wordt bekostigd, zou erop kunnen wijzen dat er sprake is van een ‘function of a public nature’.<sup>27</sup> Volgens *De Smith’s* zal voor het aannemen van een ‘function of a public nature’ veelal sprake moeten zijn van financiering uit publieke middelen, maar dat is meestal niet voldoende om vervolgens ook al een dergelijke functie aan te nemen.<sup>28</sup> In de YL-zaak wordt in dit verband nog een onderscheid gemaakt tussen de betaling uit publieke middelen voor bepaalde diensten en subsidiëring in het algemeen. In het laatste geval zou er eerder aanleiding zijn om een ‘function of a public nature’ aan te nemen dan in het eerste geval.<sup>29</sup>

Het criterium van de financiering uit publieke middelen speelt ook in Nederland een rol bij de vraag of een instantie als bestuursorgaan in de zin van de Awb moet worden aangemerkt.<sup>30</sup> Evenals in Engeland is enkel die financiering niet voldoende. De wijze waarop de besteding van die middelen nader is gereguleerd, wordt bij ons van groot belang geacht.

### **Overheidsbemoeienis**

Het bestaan van overheidsbemoeienis vormt een meer bediscussieerd gezichtspunt. Gekeken zou kunnen worden naar de vraag in welke mate de overheid toezicht houdt op de uitvoering van de des-

27 Deze factor wordt bijvoorbeeld genoemd door Lord Nicholls of Birkenhead in *Aston Cantlow* (nr. 12). Zie ook Lord Bingham of Cornhill in YL (nr. 10): ‘The greater the state’s involvement in making payment for the function in question, the greater (...) is its assumption of responsibility’.

28 *De Smith’s* 2007, p. 157.

29 Zie in de YL-zaak Lord Scott of Foscote in nr. 27, Lord Mance in nr. 105 en Lord Neuberger of Abbotsbury in nr. 148 en 165.

30 Zie de uitspraak inzake de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers, ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra; AB Klassiek, 5<sup>e</sup> druk, Deventer 2003, nr. 34 m.nt. G. Overkleef-Verburg.

betreffende activiteit, en de uitvoering daarvan reguleert door het stellen van kwaliteitseisen.<sup>31</sup> In de YL-zaak wordt de betekenis van dit gezichtspunt echter sterk gerelativeerd. In de woorden van Lord Neuberger of Abbotsbury:<sup>32</sup>

‘There is no identity between the public interest in a particular service being provided properly and the service itself being a public service.’<sup>33</sup>

Met andere woorden: het feit dat de overheid een bepaalde kwaliteit van dienstverlening of van producten wil waarborgen, maakt het verlenen van die diensten of het verschaffen van die producten zelf nog geen publieke taak. Dit argument speelt in Nederland evenmin een rol. Het feit dat publiekrechtelijke (kwaliteits)eisen worden gesteld aan een bepaalde activiteit, bestempelt de uitvoering van die activiteit nog niet als een publieke taak.

### **Overheidsverantwoordelijkheid; de plaats innemen van de ‘klassieke’ overheid**

Ook zou in meer algemene zin kunnen worden gelet op de vraag in hoeverre de staat zich verantwoordelijk acht dat de desbetreffende taak wordt uitgevoerd of in hoeverre de overheid in het verleden zich deze taak heeft aangetrokken.<sup>34</sup> Deze laatste invulling is door Lord Nicholls of Birkenhead in de Aston Cantlow-zaak<sup>35</sup> verwoord als dat de private instantie ‘*is taking the place of central government or local authorities*’. Juist over situaties waarin een bepaalde activiteit eerst door de ‘klassieke’ overheid werd uitgevoerd, maar vervolgens in handen is van een private organisatie, wordt in de YL-zaak echter gezegd dat het kwalificeren van al die ‘overgedragen’ activiteiten als ‘*functions of a public nature*’ zou leiden tot het te ver oprekken van de reikwijdte van de categorie ‘hybrid public authorities’.<sup>36</sup>

---

31 Zie Lord Bingham of Cornhill in de YL-zaak nr. 9.

32 Nr. 134 in de YL-zaak.

33 Zie ook Lord Mance in de YL-zaak nr. 116

34 Zie Lord Bingham of Cornhill in de YL-zaak nr. 7.

35 Nr. 12.

36 Zie Lord Scott of Foscote in nr. 30 en Lord Mance in nr. 104 in de YL-zaak.

Een positieve toepassing van dit criterium is evenwel te vinden in de Hampshire Farmers Markets-zaak.<sup>37</sup> Hampshire Farmers Markets, een limited company, moet worden aangemerkt als een ‘hybrid public authority’ in de zin van de HRA waar zij beslist over vergunningen voor het deelnemen aan een markt waar lokale producten worden verkocht en die plaatsvindt op een terrein dat eigendom is van de lokale overheid, een soort standplaatsvergunning dus. Naast het feit dat het hier ging om een beslissing die betrekking had op een voor het algemene publiek toegankelijk terrein, werd betekenis toegekend aan het feit dat het gemeentebestuur juist Hampshire Farmers Markets Ltd. had gecreëerd om de taak uit te voeren die het eerder zelf verrichte. Bovendien ondersteunde het gemeentebestuur Hampshire Farmers Markets Ltd. door het verschaffen van kantoorruimte en administratieve en juridische bijstand.

Het ‘innemen van de plaats van de ‘klassieke’ overheid’ doet sterk denken aan de in de Nederlandse jurisprudentie voorkomende ‘verlengde arm’-redenering.<sup>38</sup> De vaststelling dat een private organisatie als het ware de rol vervult van een ‘klassieke’ overheidsinstantie en in haar optreden ook inhoudelijk door die ‘klassieke’ overheidsinstantie wordt gestuurd, is – naast de financiering uit publieke middelen – een belangrijke factor die bij ons is toegepast om in situaties waarin een wettelijke bevoegdheidstoekenning ontbrak, toch tot publiekrechtelijk optreden en het kwalificeren van de instantie als bestuursorgaan in de zin van de Awb te concluderen.

---

37 *R v Hampshire Farmers Markets, ex parte Beer (t/a Hammer Trout Farm)* [2004] 1 WLR 233.

38 Vgl. ook Vz. ARRVs 18 mei 1993, AB 1994, 333 m.nt. SZ (Pinkpop), waarin de uitkomst overigens was dat de constructie neerkwam op verboden delegatie; ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra; AB Klassiek, 5<sup>e</sup> druk, Deventer 2003, nr. 34 m.nt. G. Overkleef-Verburg (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers) en HR 28 februari 1997, AB 1997, 314 m.nt. ThGD (SKV I); HR 10 december 1999, NJ 2000, 8 (SKV II) en HR 20 december 2002, AB 2003, 344 m.nt. FvO (SKV III), waarin de uitkomst was dat handhaving langs deze weg niet was toegestaan. Zie over de verlengde arm recentelijk: Freriks 2008, p. 195 e.v.

### **Public interest of publieke dienst**

Het feit dat een activiteit in het algemeen belang (*public interest*) wordt verricht of dat sprake is van publieke dienstverlening, wordt ook als gezichtspunt genoemd.<sup>39</sup> Ook tegenover dit gezichtspunt wordt in de YL-zaak een relativering gezet: dat een bepaalde activiteit het algemeen belang dient, betekent nog niet automatisch dat die activiteit als een 'function of a public nature' moet worden gezien. Lord Neuberger of Abbotsby:<sup>40</sup>

'It is in the public interest that health, education, housing, indeed food, is available to everyone. That cannot mean that those who provide such commodities on a commercial basis (including private hospitals, private schools, private landlords and food retailers and distributors) therefore fall within the scope of section 6(3)(b).'

Ook in Nederland is de omstandigheid dat een instelling optreedt in het algemeen belang onvoldoende reden om deze instelling tot overheidsinstelling te bestempelen. Greenpeace behartigt weliswaar een bepaald algemeen belang, het milieubelang, maar daarmee behoort zij nog niet tot de overheid.<sup>41</sup>

### **Risico op schending van mensenrechten**

Dat de onjuiste uitvoering van een bepaalde activiteit tot schending van de mensenrechten zou kunnen leiden, zou ook kunnen meewegen bij de vraag of een instantie moet vallen onder het bereik van de HRA.<sup>42</sup> De HRA is bedoeld om ervoor te zorgen dat onderdanen van het Verenigd Koninkrijk naar nationaal recht de bescherming van het EVRM kunnen inroepen. Dat de HRA moet worden geïnterpreteerd vanuit dit gezichtspunt, ligt dan ook in de rede.

---

39 Zie Lord Nicholls of Birkenhead in Aston Cantlow nr. 12.

40 Zie nr. 135 in de YL-zaak.

41 In gelijke zin: Zijlstra 2008, p. 82 e.v.

42 Zie Lord Bingham of Cornhill in nr. 11 van de YL-zaak.

### 6.5.2 Argumenten voor en tegen een ruime invulling van de ‘function of a public nature’

Zoals aangegeven, bestaat er nogal forse kritiek op de beperkte invulling van het begrip ‘function of a public nature’ zoals gegeven in de YL-zaak. In deze paragraaf zal kort bij de argumenten voor en tegen een ruime uitleg worden stilgestaan.

De kritiek op een beperkte uitleg komt er eigenlijk op neer dat het ongerijmd is dat een activiteit die van oudsher door een ‘core public authority’ is uitgevoerd, maar vervolgens is overgedragen aan de private sector, alsdan niet vanzelfsprekend door dezelfde normen wordt genormeerd. In de woorden van Craig:

‘It is difficult to see why the nature of a function should alter if it is contracted out.’<sup>43</sup>

De Joint Committee on Human Rights spreekt hier zelfs van een ‘*gap in human rights protection*’.<sup>44</sup> Daarbij wordt een uitdrukkelijk beroep gedaan op de totstandkomingsgeschiedenis van de HRA, waarbij van regeringszijde nadrukkelijk is aangegeven dat werd beoogd om gepri-vatiseerde instellingen onder het bereik van de HRA te brengen.<sup>45</sup> Bij het hanteren van deze argumentatie wordt er eigenlijk van uitgegaan dat alles wat de ‘klassieke’ overheidsinstanties doen, geschiedt in het kader van een ‘function of a public nature’. Alsdan zou het inderdaad ongerijmd zijn dat alleen het wisselen van de instantie die de desbetreffende activiteit uitvoert, tot een andere kwalificatie van die activiteit leidt.

Een ander argument om ruimhartig te zijn bij het kwalificeren van een taak als een ‘function of a public nature’, vormt de opvatting dat juist aan allerlei zwakkere personen in de samenleving – ouderen, hulpbehoevenden, zieken – de mogelijkheid moet worden gegeven om zich op de directe bescherming van mensenrechten te

---

43 Craig 2002, p. 556.

44 Joint Committee on Human Rights 2004, p. 16-17.

45 Joint Committee on Human Rights 2004, p. 9 e.v.

kunnen beroepen.<sup>46</sup> Het zal duidelijk zijn dat dit argument van geheel andere orde is; de politieke wenselijkheid om bepaalde personen te beschermen en hen aldus een beroep op bepaalde rechtsnormen te geven, heeft weinig te maken met de vraag of die rechtsnormen als zodanig gelden in de desbetreffende rechtsverhouding. In deze redenering wordt als het ware het rechtssysteem ondergeschikt gemaakt aan het doel dat men wil bereiken.

Tot de voorstanders van een beperkte invulling van het begrip ‘function of a public nature’ behoort onder anderen Dawn Oliver. Zij stelt zich op het standpunt dat het feit dat de overheid een bepaalde activiteit eerst zelf uitoefende, deze activiteit nog niet automatisch tot publieke taak bestempelt.<sup>47</sup> Zij adstrueert haar stelling met voorbeelden als het schoonmaken van de eigen kantoorruimten en het onderhouden van gemeentelijke groenvoorzieningen. Als deze activiteiten vervolgens worden uitbesteed aan een private organisatie, is het feit dat ze eerst door de overheid zelf werden verricht niet een reden om deze activiteiten als ‘function of a public nature’ te kwalificeren.

Volgens Oliver dient een belangrijk aspect van de vraag of een instantie een ‘function of a public nature’ uitvoert, te zijn dat een instantie over bevoegdheden beschikt die zij tegen de wil van betrokkenen kan uitoefenen (*coercion*) of dat het bevoegdheden betreft die zij normaliter (dus zonder specifieke bevoegdheidstoekenning) niet zou hebben. De vraag rijst of Oliver op dit punt niet te restrictief is: een publieke taak bestaat bij haar aldus alleen als een instantie over dwangbevoegdheden (wij zouden zeggen: eenzijdige bevoegdheden) beschikt. Naar Nederlands recht zouden wij *die bevoegdheden* in ieder geval publiekrechtelijk noemen. Dat neemt niet weg dat een publieke taak onzes inziens ook kan bestaan daar waar geen eenzijdige overheidsbevoegdheden bestaan.

In haar artikel noemt zij een aantal – praktische – redenen om de grenzen van de categorie ‘hybrid public authorities’ niet te ver op

---

46 Zie bijvoorbeeld Baroness Hale in nr. 67 e.v. van de YL-zaak en Joint Committee on Human Rights 2007, p. 8.

47 Oliver 2004, p. 340. Zie ook Lord Scott of Foscote in nr. 30 van de YL-zaak en Lord Mance in nr. 104 van de YL-zaak.

te rekken. Deze praktische redenen komen er op neer dat een interpretatie die zou leiden tot het snel aanmerken van een instantie als ‘hybrid public authority’, het voeren van een juridische strijd tussen in wezen private partijen zou kunnen aanmoedigen, hetgeen tot rechtsonzekerheid zou kunnen leiden en daarmee een negatief effect zou kunnen hebben op de private organisaties (vaak non-profitclubs) die de desbetreffende diensten verlenen. Hun geld gaat dan op aan juridische strijd en dat zou ten koste gaan van de middelen die eigenlijk bedoeld zijn voor dienstverlening. Bovendien zou het dan voor dit soort instanties ook moeilijker kunnen worden om allerlei economisch rationele beslissingen te nemen omdat zij vrezen voor een juridische procedure, waardoor er uiteindelijk misschien wel minder van dit soort instanties bereid zullen zijn om de gevraagde diensten te verlenen. Aldus is een dergelijke interpretatie, die misschien wel ten gunste van de hulpbehoevenden is ingegeven, uiteindelijk misschien wel in hun nadeel.<sup>48</sup> Bovendien is het volgens Oliver nog maar de vraag of een ruime invulling van het begrip ‘function of a public nature’ materieelrechtelijk veel oplevert: het is niet waarschijnlijk dat het oordeel zou luiden dat beslissingen als bijvoorbeeld aan de orde in de YL-zaak (zij verwijst naar de vergelijkbare Leonard Cheshire-zaak) ook daadwerkelijk een schending van artikel 8 EVRM zou opleveren, terwijl er met de procedures wel veel tijd en geld zou zijn gemoeid. Opgemerkt zij dat dit soort economische argumenten in Engeland ook meer in het algemeen in de rechtspraak worden gebruikt ter verdediging van terughoudendheid in het aannemen van overheidsaansprakelijkheid.

Beziet men de argumenten, dan valt op dat zowel bij de argumenten voor als bij de argumenten tegen een ruime invulling van het begrip ‘function of a public nature’ punten met een zeer verschillend karakter naar voren worden gebracht. Aan beide zijden spelen juridisch-dogmatische argumenten een rol. Maar daarnaast worden

---

48 Een vergelijkbare redenering werd – tot ‘schrik’ van de Joint Committee on Human Rights – ook van regeringszijde gevolgd in een rapport van het Department of Constitutional Affairs (DCA) over de HRA. Zie Joint Committee on Human Rights 2007, p. 15.

ook argumenten gehanteerd die te maken hebben met de politieke of pragmatische wenselijkheid van een bepaalde invulling van het begrip ‘function of a public nature’. Het lijkt niet gewaagd om te veronderstellen dat die politieke en pragmatische dimensie juist eraan heeft bijgedragen dat het debat naar aanleiding van de YL-zaak zo hoog is opgelaaid.

## 6.6 Bevindingen

Ook voor het toepasselijke recht is het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht van belang geworden. Dat blijkt in het bijzonder bij de toepassing van de HRA. De HRA is uitsluitend van toepassing op het optreden van *public authorities*. Hoewel de HRA deze uitdrukkingen naar de letter niet bezigt, is het gebruikelijk te onderscheiden tussen *core* en *hybrid* public authorities. Aansluitend bij de in Nederland gebruikelijke terminologie kunnen we zeggen dat onderscheiden wordt tussen de overheid in klassieke zin enerzijds en de private instellingen die een publieke taak uitoefenen anderzijds. De HRA is van toepassing op *al* het handelen van core authorities. Daarentegen is de HRA slechts van toepassing op het handelen van de zogeheten hybrid authorities *voor zover* dit handelen publiekrechtelijk van aard is; sterker nog: voor zover het handelen van een hybrid authority een privaatrechtelijk karakter heeft, wordt de instelling niet als hybrid public authority aangemerkt.

De hamvraag is nu hoe kan worden vastgesteld of een bepaalde private instelling kan worden aangemerkt als een hybrid authority. Ingevolge de HRA (section 6) dient de instelling daarvoor een *function of a public nature* te verrichten. Met andere woorden: de wettelijke maatstaf is of de instelling een *publieke taak* verricht. Uit de YL-zaak kan worden afgeleid dat in een situatie waarin een bepaalde activiteit in het verleden door de klassieke overheid werd verricht, maar deze activiteit tegenwoordig door een private instantie wordt uitgeoefend, niet automatisch kan worden geconcludeerd dat die private instantie een function of a public nature uitvoert; op die enkele grond kan de private instantie derhalve nog niet als een hybrid public authority



worden aangemerkt. De maatstaf van de ‘function of a public nature’ wordt aan de hand van een aantal uiteenlopende gezichtspunten ingevuld. In de Britse doctrine wordt een hoog oplopend debat gevoerd over de vraag hoe streng of soepel met deze maatstaf moet worden omgegaan. Evenals de gezichtspunten die worden gehanteerd voor het maken van een onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het kader van de toegang tot de rechter, laten deze gezichtspunten zich, zoals bleek, goed met Nederlandse criteria voor het maken van dit onderscheid vergelijken. In het volgende hoofdstuk vindt een vergelijking plaats tussen de criteria die in het kader van de HRA een rol spelen en de criteria die van belang zijn voor de vraag of een handeling vatbaar is voor judicial review.

## HOOFDSTUK 7

# VERGELIJKING TUSSEN JUDICIAL REVIEW EN DE HRA

### 7.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is gebleken dat de kwalificatie van activiteiten als publiekrechtelijk of privaatrechtelijk een rol speelt bij zowel de vraag of de bestuursrechter kan worden benaderd in het kader van judicial review als de vraag of de HRA op dat handelen van toepassing is. In dit hoofdstuk worden de criteria – aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of we met publiekrechtelijk of privaatrechtelijk optreden van doen hebben – die in deze twee contexten worden gehanteerd nader geanalyseerd en met elkaar vergeleken, zodat een beter inzicht wordt verkregen in de manier waarop zij functioneren. Voor de vaststelling of een handeling vatbaar is voor judicial review, blijken er twee tests te zijn: de *source-of-powertest* en de *public-functiontest*. Voor de vaststelling of optreden onder de werking van de HRA valt, dient er ten aanzien van de private instellingen sprake te zijn van de uitvoering van een zogeheten *function of a public nature*.

Eerst wordt voor de vergelijking van deze criteria in paragraaf 7.2 ingegaan op het optreden van de tot de klassieke overheid behorende instanties. Ten aanzien van deze overheidsinstanties dringt zich de vraag op in hoeverre het noodzakelijk is een onderscheid te maken tussen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke handelingen die zij verrichten. Een antwoord op deze vraag is van belang, omdat daarvoor beter kan worden beoordeeld wat de werkelijke betekenis van de public-functiontest is. Vervolgens komt in paragraaf 7.3 het optre-

den van privaatrechtelijke instanties die een publieke taak vervullen aan de orde. Ten aanzien van deze instellingen rijst met name de vraag in hoeverre de gezichtspunten die voor de *public-functiontest* en de wettelijke maatstaf van de *function of a public nature* worden gebruikt, in toepassing en resultaat met elkaar overeenstemmen dan wel van elkaar verschillen en in hoeverre zij in een andere zin worden gebruikt. Tegen deze achtergrond kan in het bijzonder ook het argument nader worden gewogen dat een activiteit eerst door de klassieke overheid werd uitgeoefend en vervolgens is overgedragen aan een private instelling. Daarna wordt in paragraaf 7.4 gezien in hoeverre de institutionele benadering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is vervangen door een functionele benadering.

## **7.2 ‘Klassieke’ overheidsinstanties oftewel ‘core public authorities’**

### **7.2.1 De Human Rights Act 1998**

In hoofdstuk 6 is ingegaan op de systematiek van de HRA, op grond waarvan onderscheid wordt gemaakt tussen ‘core public authorities’ en ‘hybrid public authorities’. Voor de toepasselijkheid van de HRA hoeft het handelen van ‘core public authorities’ niet nader als publiek- of privaatrechtelijk te worden gekwalificeerd: alle activiteiten van een ‘core public authority’ vallen onder het bereik van de HRA.

De wettekst van de HRA zou de lezer daarbij overigens op het idee kunnen brengen dat deze ‘core public authorities’ ook alleen maar activiteiten verrichten in het kader van een ‘function of a public nature’. Leest men de definitie van wat we ‘hybrid public authorities’ hebben genoemd dan wordt van hen – ter onderscheiding van de ‘core public authorities’ – immers gezegd dat slechts ‘*certain*’ van hun ‘functions’, ‘functions of a public nature’ zijn. Met andere woorden: voor de ‘core public authorities’ zou dan kennelijk gelden dat *al* hun ‘functions’, ‘functions of a public nature’ zijn. In deze redenering zou het ook logisch zijn om te betogen dat als een bepaalde taak altijd door de overheid is uitgevoerd, maar vervolgens wordt overgedragen

aan de private sector, deze taak nog steeds als ‘function of a public nature’ is te bestempelen (vergelijk aldus de discussie over de ‘care homes’ in hoofdstuk 6).

Oliver merkt echter terecht op dat als de aanname van de HRA zou zijn dat een ‘core public authority’ alleen maar ‘functions of a public nature’ zou uitoefenen, de HRA ook simpelweg had kunnen volstaan met bepalen dat zij toepasselijk is op de uitoefening van een ‘function of a public nature’.<sup>1</sup> Dat ‘klassieke’ overheidsinstanties echter ook activiteiten ondernemen die niet moeten worden gezien als het uitoefenen van een ‘function of a public nature’, wordt eigenlijk door niemand betwist (het voorbeeld dat dan in Engeland vaak wordt genoemd is het schoonmaken en onderhouden van eigen gebouwen). Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat de HRA ten aanzien van ‘klassieke’ overheidsinstanties ook op deze niet als specifiek publiekrechtelijk te duiden activiteiten van toepassing is. Geconcludeerd kan dus worden dat een kwalificatie van het optreden van de ‘klassieke’ overheid als publiek- of privaatrechtelijk handelen niet nodig is voor de toepasselijkheid van de HRA.

### 7.2.2 Judicial review

Speelt het onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden van de ‘klassieke’ overheid, zoals hiervoor bleek, geen rol in het kader van de HRA, voor judicial review ligt dat genuanceerder. Om te beginnen zij er aan herinnerd dat judicial review een in de rechtspraak ontwikkeld concept is voor de rechterlijke beoordeling van geschillen met een publiekrechtelijke dimensie. Die publiekrechtelijke dimensie heeft in talrijke rechterlijke uitspraken nader inhoud gekregen. Het handelen van ‘klassieke’ overheidsinstanties vormt daarbij een belangrijke categorie van handelingen die vatbaar zijn voor judicial review. Zoals in hoofdstuk 3 is aangegeven, is de procedure voor judicial review inmiddels uitgewerkt in de Civil Procedure Rules (CPR). De tekst van de relevante bepaling in de CPR

---

<sup>1</sup> Oliver 2004, p. 338.

zou de argeloze lezer die een antwoord zoekt op de vraag wanneer de procedure voor judicial review is aangewezen echter wel eens op het verkeerde been kunnen zetten. In de CPR staat dat alleen handelingen ‘in relation to the exercise of a public function’ vatbaar zijn voor de judicial review-procedure (zie rule 54.1(2)(a) CPR). Men zou aldus verwachten dat *steeds*, dus ook als het gaat om het kwalificeren van het optreden van ‘klassieke’ overheidsinstanties, in de jurisprudentie over de vraag of een bepaald optreden vatbaar is voor de judicial review-procedure aandacht wordt besteed aan het aspect van de ‘public function’. Bestudering van de jurisprudentie laat echter zien dat dit niet het geval is. Oliver schrijft dan ook:

‘The CPR phrase is shorthand for a sophisticated set of principles that were in the course of development well before the CPR came into effect. The CPR cannot change the substantive law.’<sup>2</sup>

In hoofdstuk 5 is gebleken dat de ‘source-of-power’-test traditioneel als belangrijkste ‘test’ in het kader van judicial review geldt. Dat is voor de Nederlandse jurist niet verwonderlijk omdat een wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor ons een belangrijke reden vormt om de kwalificatie ‘publiekrecht’ te hanteren. In het Engelse recht gaat dit automatisme echter niet op. Een wettelijke bevoegdheid betekent nog niet dat men die bevoegdheid als publiekrechtelijk moet kwalificeren.<sup>3</sup> In het Engelse recht geldt immers dat – buiten de Kroon – overheidsinstanties alleen maar mogen optreden voor zover een Act of Parliament ze daartoe bevoegd maakt. Ook optreden dat wij als privaatrechtelijk zouden duiden – bijvoorbeeld het sluiten van contracten door decentrale overheden – moet in het Engelse recht tot een wettelijke regeling te herleiden zijn. Een aanvullende ‘public-function’-test vindt ten aanzien van het optreden van de ‘klassieke’

---

2 Oliver 2004, p. 346.

3 Zie het in het vorige hoofdstuk besproken voorbeeld van de parochieraad van de Church of England die op grond van de wet van een burger bepaalde betalingen kan afdwingen (de Aston Cantlow-zaak). Meer in het algemeen wordt in de YL-zaak overwogen dat een wet een bevoegdheid kan toekennen voor persoonlijke, religieuze of commerciële doeleinden, zie Lord Mance in nr. 101 van de YL-zaak.

overheid echter eigenlijk nauwelijks plaats. Wel is, zoals we zagen de uitoefening van contractuele bevoegdheden in beginsel niet vatbaar voor de judicial review-procedure.

Beziet men ook de inhoud van de gezichtspunten die in het kader van de ‘public-function’-test zijn ontwikkeld, dan blijkt dat deze zijn toegesneden op de situatie waarin het – buitenwettelijke – optreden van niet tot de ‘klassieke’ overheid behorende instanties moet worden beoordeeld. Goed beschouwd blijkt men aldus in het kader van judicial review buiten de situaties dat er sprake is van een geschil over de inhoud van een contract, bij ‘klassieke’ overheidsinstanties eigenlijk niet heel scherp een onderscheid te maken tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden, zoals dat in Nederland wel gebeurt. Het optreden van klassieke overheidsinstanties is daarmee in de regel snel vatbaar voor judicial review. In wezen komt de benadering bij judicial review, waarbij voor beoordeling van het optreden van de klassieke overheid snel de procedure van judicial review aangewezen wordt geacht, dan ook dicht bij het uitgangspunt dat in het kader van de HRA geldt, waarin al het handelen van ‘klassieke’ overheidsinstanties aan de eisen van de HRA moet voldoen.

### **7.3 Private instanties met een publieke taak oftewel ‘hybrid public authorities’**

#### **7.3.1 De publieke-taaktesten**

In hoofdstuk 5 is gebleken dat in het kader van judicial review criteria zijn ontwikkeld om het optreden van niet tot de ‘klassieke’ overheid behorende instanties aan het oordeel van de bestuursrechter te onderwerpen. Soms geeft de ‘source-of-power’-test hiertoe aanleiding. Juist voor situaties waarin sprake is van niet op de wet gebaseerd optreden van private instanties is echter de ‘public-function’-test ontwikkeld. De gezichtspunten die in dit verband bij judicial review worden gehanteerd, komen in hoge mate overeen met de gezichtspunten die worden gehanteerd voor de vraag of voor de toepasselijkheid van de

HRA een instantie kan worden gezien als een instantie die een ‘function of a public nature’ uitvoert.<sup>4</sup>

Er zijn verschillende voorbeelden aan de hand waarvan de vergelijkbaarheid – ook in de uitkomst – kan worden geïllustreerd. Zo is in hoofdstuk 6 uitvoerig aandacht besteed aan de YL-zaak, die betrekking had op een beslissing van een particulier verzorgingstehuis. Die beslissing werd in het kader van de HRA niet gezien als een beslissing die werd genomen in het kader van een ‘function of a public nature’. Evenzo is in het kader van judicial review geconcludeerd dat beslissingen van verzorgings- of verpleegtehuizen in vergelijkbare situaties niet moesten worden gezien als beslissingen in het kader van de uitvoering van een ‘public function’.<sup>5</sup>

Een andere aardige illustratie van de vergelijkbaarheid vormt eveneens de in hoofdstuk 6 ook al aangeduide Hampshire Farmers Markets-zaak,<sup>6</sup> waarbij voor de toepasselijkheid van de HRA de Hampshire Farmers Markets Ltd. werd aangemerkt als een ‘hybrid public authority’. Elementen in de redenering in deze zaak, waarbij wordt gerefereerd aan het feit de Hampshire Farmers Markets Ltd. de toegang tot de markt reguleerde, nauwe banden had met het gemeentebestuur en ook speciaal voor die taak door de gemeente in het leven was geroepen, doen sterk denken aan de Datafin-zaak, die is besproken in hoofdstuk 5.

### 7.3.2 Overheveling van een taak van de klassieke overheid naar een private instantie

Voor het buitenwettelijk optreden van private organisaties kan gelet op het voorgaande worden geconcludeerd dat de vraag of in het kader

---

4 Opgemerkt zij echter dat de vraag naar de wettelijke grondslag in het kader van de HRA wordt gezien als een potentieel belangrijk gezichtspunt in het kader van de vraag of er sprake is van een ‘function of a public nature’. Bij judicial review is de ‘source-of-power’ een afzonderlijke test, naast de ‘public-function’-test.

5 *R v Leonard Cheshire Foundation, ex parte Heather* [2002] ECWA Civ 366; [2002] HRLR 30; *R v Servite Houses, ex parte Goldsmith* [2001] 33 HLR 35.

6 *R v Hampshire Farmers Markets, ex parte Beer (t/a Hammer Trout Farm)* [2004] 1 WLR 233.

van de HRA sprake is van een ‘function of a public nature’ en of in het kader van judicial review sprake is van een ‘public function’, identiek kan worden benaderd. Op dit punt aangeland is het van belang nog even terug te kijken naar de wijze waarop de vraag of het handelen van ‘klassieke’ overheidsinstanties vatbaar is voor judicial review, wordt aangepakt. In paragraaf 7.2 is geschetst dat voor de klassieke overheid eigenlijk geen aandacht wordt besteed aan de ‘public-function’-test. Omdat echter, gelet op rule 54.1(2)(a) CPR, de centrale maatstaf voor judicial review lijkt te zijn dat sprake moet zijn van een ‘public function’, kon vervolgens een discussie – of beter: misverstand – ontstaan over de kwalificatie (publiekrechtelijk of privaatrechtelijk) van activiteiten die eerst door de ‘klassieke’ overheid werden uitgeoefend en daarna in het kader van de privatisering zijn overgeheveld naar private organisaties. Indien men door het feit dat veel activiteiten van de ‘klassieke’ overheid vatbaar zijn voor judicial review meent te moeten concluderen dat al die activiteiten onderdeel uitmaken van een ‘public function’, ligt het voor de hand te betogen – dit is een argument dat reeds bij de bespreking van de YL-zaak in hoofdstuk 6 aan de orde kwam – dat ook na de overheveling van die activiteiten naar een private organisatie nog steeds sprake is van een ‘public function’ (of in HRA-context: ‘function of a public nature’). Deze conclusie is echter noch in de rechtspraak noch in de context van judicial review,<sup>7</sup> noch in de context van de HRA<sup>8</sup> getrokken. Zo illustreert Oliver<sup>9</sup> met een vergelijking van een tweetal zaken die doen denken aan de problematiek in de YL-zaak treffend dat de vraag of een handeling vatbaar is voor judicial review, verschillend wordt beantwoord naargelang de aard van de instantie die de desbetreffende handeling verricht. In beide situaties waren beslissingen tot overplaatsing van bewoners in een verpleegtehuis c.q. verzorgings-tehuis aan de orde, waartegen via judicial review een actie werd gezocht. In het geval waarin het tehuis werd geëxploiteerd door een ‘klassieke’ overheidsinstantie, werd de beslissing zonder meer vatbaar

---

7 Zie de hierna te bespreken Servite-zaak, waarover ook al paragraaf 6.4.2.

8 Zie de YL-zaak.

9 Oliver 2004, p. 347-348



geacht voor review.<sup>10</sup> De vergelijkbare beslissing, maar dan genomen door een private organisatie, was echter niet vatbaar voor review.<sup>11</sup>

Dat het argument dat een bepaalde activiteit eerst door de 'klassieke' overheid werd uitgeoefend maar vervolgens is overgedragen aan een private organisatie, echter wel een rol kan spelen bij de vraag of die activiteit moet worden gekwalificeerd als een activiteit verricht ter uitoefening van een 'public function' of een 'function of a public nature' laat de al eerder besproken Hampshire Farmers Markets-zaak zien.

#### 7.4 Een institutionele en een functionele benadering

De analyse in de vorige paragrafen leert dat men in Engeland zowel voor de vraag of een handeling vatbaar is voor judicial review als voor de vraag of de HRA van toepassing is een mix van institutionele (wie handelt?) en functionele (wat is de aard van de handeling?) criteria hanteert.

Bij de HRA wordt op het eerste gezicht een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de institutionele en de functionele benadering. Voor de toepasselijkheid van de HRA is als eerste van belang *wie* een bepaalde handeling verricht. Dit institutionele aspect staat op zichzelf; daarmee bedoelen we te zeggen dat het er in dit verband niet om gaat het optreden als publiekrechtelijk of privaatrechtelijk te kwalificeren. De bedoeling is juist om ongeacht een dergelijke kwalificatie *al* het optreden van 'klassieke' overheidsinstanties onderworpen te laten zijn aan de HRA. Daarnaast kent de HRA een functionele benadering, waarbij de toepasselijkheid van de HRA afhankelijk is van de vraag of sprake is van de uitoefening van een 'function of a public nature'. Bij de wijze waarop invulling wordt gegeven aan deze functionele benadering in de HRA wordt vervolgens zowel met functionele elementen als met institutionele elementen gewerkt. Naast de aard van de activiteiten (bijvoorbeeld dwangbevoegdheden uitoefe-

10 *R v North and East Devon HA, ex parte Coughlan* [2001] QB 213; [2000] 2 WLR 622.

11 *R v Servite Houses, ex parte Goldsmith* [2001] 33 HLR 35, alsook *R v Leonard Cheshire Foundation, ex parte Heather* [2002] ECWA Civ 366; [2002] HRLR 30.

nen) wordt bijvoorbeeld gelet op de banden die een private organisatie met de ‘klassieke’ overheid heeft.

In het kader van judicial review zou men op basis van de CPR kunnen menen dat juist een functionele benadering vooropstaat; een handeling is vatbaar voor review als het gaat om de uitoefening van een ‘public function’. Uit de jurisprudentie waarin het concept van judicial review is ontwikkeld en die een complex beeld oplevert van allerlei situaties waarin de procedure van judicial review aangewezen wordt geacht, blijkt dat als er sprake is van optreden door ‘klassieke’ overheidsinstanties, vrij snel tot de weg van judicial review wordt geconcludeerd zonder dat uitvoerig wordt stilgestaan bij de vraag of er sprake is van een ‘public function’. Op basis daarvan zou kunnen worden geconcludeerd dat ondanks de op het eerste oog functionele benadering van de CPR, bij judicial review per saldo toch in hoge mate een institutionele benadering wordt gehanteerd. Duidelijk is evenwel ook dat voor instanties die niet tot de ‘klassieke’ overheid behoren, de functionele benadering in het kader van judicial review een zelfstandige betekenis heeft gekregen.

## **7.5 Bevindingen**

Wanneer we de criteria aan de hand waarvan een onderscheid wordt gemaakt tussen publiekrecht en privaatrecht met elkaar vergelijken, blijkt het volgende. Voor de toepassing van de HRA is het niet nodig het optreden van de klassieke overheid nader te onderscheiden tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handelingen: de HRA is op beide soorten handelingen van toepassing. Hoewel dat door de toepassing van de publieke-taaktest op het eerste gezicht wellicht anders leek, speelt voor de toegang tot de rechter bij de klassieke overheid dit onderscheid eveneens nauwelijks een rol, zij het dat overheidscontracten in beginsel niet vatbaar zijn voor judicial review.

Voor de private instellingen die een publieke taak vervullen is het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht echter van wezenlijk belang: alleen het publiekrechtelijk optreden is vatbaar voor judicial review en alleen voor zover zij publiekrechtelijke handelingen ver-

richten is de HRA op hun optreden van toepassing (preciezer gezegd: worden zij als ‘public authority’ aangemerkt). De gezichtspunten die bij de vaststelling van hun rechtskarakter een rol spelen, blijken zeer goed met elkaar vergelijkbaar. Maar aan het argument dat een activiteit eerst door de klassieke overheid werd uitgeoefend en vervolgens is overgedragen aan een private instelling en daarom als publiekrechtelijk zou moeten worden bestempeld, moet weinig gewicht worden toegekend: in de rechtspraak is het niet aanvaard.

Mede ten gevolge van de toepassing van de publieke-taaktesten (preciezer: public-functiontest en de maatstaf van de ‘function of a public nature’) is de functionele benadering in het Engelse bestuursrecht steeds belangrijker geworden. De functionele benadering vervult ten opzichte van de institutionele benadering een aanvullende rol. Bij het optreden van niet tot de ‘klassieke’ overheid behorende instanties wordt met behulp van de public-functiontest gepoogd het privaatrechtelijk handelen van het publiekrechtelijk optreden te onderscheiden. Dat de receptie van dit onderscheid tot allerlei afgrenzingsdiscussies aanleiding kan geven, heeft men inmiddels ‘aan den lijve’ ondervonden. Voor sommigen vormt dat zelfs aanleiding om te betogen dat men het ‘continentale’ onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht maar beter op het continent had kunnen laten. Op deze opvatting wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan.

## HOOFDSTUK 8

# DE ZOEKTOCHT VOORTGEZET

### 8.1 Inleiding

De centrale vraag van dit boek is in hoeverre het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht een rol is gaan spelen in het Engelse recht en welke betekenis aan dit onderscheid moet worden toegekend. Om te beginnen had een belangrijke introductie plaats op procesrechtelijk terrein: met het – inmiddels in effect wat versoepelde – arrest O'Reilly bleek dat de procedure voor judicial review exclusief is. Die exclusiviteit had een destijds onvoorzien neveneffect: het werd met het oog op een goede procesvoering noodzakelijk zo precies mogelijk van iedere rechtsverhouding vast te stellen of zij publiek- of privaatrechtelijk was.<sup>1</sup> Daarmee kreeg de exclusiviteitsregel enige materiële betekenis. Voor de vaststelling van de aard van de rechtsverhouding is in de rechtspraak in aanvulling op de traditionele 'source-of-power'-test de 'public-function'-test ontwikkeld. De functionele benadering greep snel om zich heen. Zij is niet alleen opgenomen in de CPR, voor de toegang tot de rechter, maar ook gecodificeerd in de HRA, voor de toepasselijkheid van de mensenrechten.

Teneinde de centrale vraag van dit onderzoek volledig te kunnen beantwoorden, dienen we nog een aantal vervolgvragen aan de orde te stellen. De eerste vraag, die in paragraaf 8.2 aan de orde komt, is of en in hoeverre het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht ook nog op andere terreinen, dan de tot nu toe ontdekte, relevant is of

---

<sup>1</sup> Dit is geen noodzakelijk gevolg. In andere Commonwealth-landen, waaronder Schotland, is dit anders opgelost. Men zie voor een overzicht van een aantal van deze landen: *De Smith's* 2007, p. 168 e.v.

relevant aan het worden is. Verder is het de vraag hoe de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in de doctrine wordt gewaardeerd. Deze vraag wordt behandeld in paragraaf 8.3. Ten slotte is de vraag aan de orde hoe de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht – aangezien zich dit in het bijzonder voordoet op het terrein van de private instellingen die publieke taken uitoefenen – ertoe noopt niet slechts het openbaar bestuur (*‘government’*) maar de activiteit van het besturen (*‘governance’*) in het brandpunt van de juridische aandacht te zetten en te bezien welke betekenis aan die wijziging moet worden toegekend. Daarover gaat paragraaf 8.4.

## **8.2 Bredere betekenis van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht?**

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is aan een opmars begonnen vanwege de uniformering van de procedures in judicial review en ging gepaard met de positionering van een separate bestuursrechter. Zoals eerder al – enigszins impliciet – bleek, houdt de procedure van judicial review een eigensoortige toetsing van het handelen in. In hoeverre brengt het feit dat een zaak wordt behandeld door het Administrative Court met zich dat er andere – dat wil zeggen: bestuursrechtelijke – normen op van toepassing zijn? Ter vergelijking: in het Franse recht geldt het adagium *‘jurisdiction determines substance’*.<sup>2</sup> Als een bestuursrechter de zaak behandelt, zullen typische bestuursrechtelijke normen worden toegepast. In hoeverre is dat in Engeland eveneens het geval? Het is niet verwonderlijk dat deze vraag op dit moment in het brandpunt van de belangstelling van het Engelse bestuursrecht staat.<sup>3</sup> Een echt helder antwoord op deze vraag is echter nog niet te geven, daarvoor is de rechtsontwikkeling nog te weinig voortgeschreden. Niettemin is er wel een enkele opmerking over te maken. Lord Woolf is van mening dat er tegen-

---

2 Koopmans 2003, p. 134.

3 Allison 1996, p. 177 e.v.; Oliver 1999, p. 80 e.v.; Cane 2003, p. 258.

woordig niet alleen een procedureel maar ook een materieel onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is:

‘(...) the importance of the distinction between public and private law issues goes far beyond the correctness of the procedure by which a challenge to an activity should be brought. (...) The division is also necessary because of the separate principles and standards which the courts will require of public as opposed to private bodies. The courts can and do require of those who perform public functions higher standards of behavior than those which are required when what is being performed is a private activity.’<sup>4</sup>

Lord Woolf is een van de meest gezaghebbende auteurs – en voor de praktijk waarschijnlijk dé meest gezaghebbende.<sup>5</sup> Het is van belang om zijn gezaghebbendheid te onderstrepen, want zijn uitlating is minder vanzelfsprekend en minder evident dan het vanuit Nederlands perspectief wellicht lijkt. Dit komt doordat in een rechtsstelsel waarin de remedies centraal staan, de toepasselijke rechtsnormen – anders gezegd: de beweerdelijk geschonden rechtsregels en rechtsbeginselen – pas in het verlengde daarvan aan de orde zijn. In Nederland hebben de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich ontwikkeld van toetsingsnormen achteraf in de rechtspraak tot handelingsnormen die het bestuur vooraf in acht moet nemen; die ontwikkeling heeft enige decennia geduurd. Die stap is in Engeland nog niet echt gezet. Daardoor is het moeilijker te zeggen of en in hoeverre deze normen een wezenlijk ander karakter hebben of zwaardere eisen inhouden dan privaatrechtelijke normen.

Bij dit alles moet ook het betrekkelijk recente karakter van de scheiding tussen publiek- en privaatrecht niet vergeten worden. Tot

---

4 Woolf 1995, p. 62.

5 Lord Woolf was Chief Justice of England and Wales. Hij is de naamgever van de genoemde herzieningen en uniformering van het bestuursprocesrecht in 1977, de zogeheten ‘*Woolf Reforms*’, een project dat onder de noemer van de ‘*Civil Justice Reforms*’ doorliep tot 1997; zie Lord Woolf, *Access to Justice; The Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* (1996), en daarna op grond van een vervolgrapport mede zijn weerslag kreeg in de genoemde CPR, Part 54.

in het begin van de jaren tachtig, tot vóór O'Reilly, kon nog met recht worden betoogd:

‘the “public-private” distinction in the sense of an autonomous set of rules, is wholly incompatible with the English tradition and is unlikely to contribute in any meaningful way to the solution of the many problems which modern administrative law has to overcome.’<sup>6</sup>

Die tijd lijkt nu echt voorbij.

Wij begonnen deze uitgave met de stelling van Dicey dat een separaat systeem van bestuursrecht de overheid zou bevoordelen en daarom in strijd zou zijn met de rule of law. We kunnen nu, op basis van datgene wat we tot hier hebben gevonden, beoordelen in hoeverre Dicey gelijk heeft gekregen. De (strikte) exclusiviteit van de judicial review-procedure, conform de regel van O'Reilly, wordt alom ten faveure van de overheid genoemd: die procedure heeft een korte beroepstermijn, er is vrijwel geen ruimte voor een mondelinge bewijsvoering en dergelijke. Maar dit is slechts de helft van het verhaal: voor zover Lord Woolf gelijk heeft met zijn opvatting dat materieel bestuursrechtelijke normen hogere eisen aan de overheid stellen, lijkt het er zeer op dat, in materieel opzicht, Dicey *geen* gelijk aan het krijgen is. Die strengere, typisch bestuursrechtelijke, maatstaven kunnen immers moeilijk ten faveure van de overheid worden genoemd.

Een hiermee samenhangende vervolgvraag die in de literatuur wordt gesteld is de vraag of het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet alleen consequenties moet hebben voor de toepasselijkheid van publiekrechtelijke gedragsnormen, maar ook voor de toepasselijkheid van de *publieke verantwoordingsmechanismen* ('*accountability*'). Moet het feit dat een bepaalde rechtsverhouding publiekrechtelijk heet, met zich brengen dat op die rechtsverhouding ook de publiekrechtelijke verantwoordingsmechanismen van toepassing zijn? Dit is thans niet steeds het geval; het is een normatieve vraag die hier rijst. Dat die vraag wordt gesteld, ligt, zeker in de Britse verhoudingen, voor de hand: dezelfde vraag wordt stevast

---

6 Aldus Harlow 1980, p. 242.

gesteld over de gevolgen die de privatiseringen en uitbestedingen (in onze termen: zbo's) met zich brachten. Of het nu gaat om 'executive agencies', om 'quangos' ('quasi-non-governmental organisations') of 'non-departmental public bodies', steeds wordt de vraag gesteld of – en vooral op welke wijze – de overheid controle kan uitoefenen en toezicht kan houden op deze uitbestede taken én op welke wijze de instellingen, die deze taken uitoefenen, publiekelijk verantwoording kunnen afleggen aan politiek, bestuur of burger.<sup>7</sup> Daarbij springt in het oog dat het feit dat de mogelijkheden voor publieke verantwoording door de uitbesteding zijn gereduceerd of veranderd, iets meer dan in Nederland gebruikelijk is, wordt geproblematiseerd en dat meer nadruk wordt gelegd op het belang van het zoeken naar nieuwe, alternatieve verantwoordingsmechanismen.<sup>8</sup>

### 8.3 De doctrine: beoordeling

#### 8.3.1 Verschillende opvattingen

Het feit dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet alleen een procedureel onderscheid is, maar – tot op zekere hoogte – ook een materieel onderscheid, heeft de pennen flink in beweging gebracht. Hoe moet de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht worden beoordeeld? Er zijn verschillende opvattingen te onderscheiden.

Ten eerste die waarin het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht wordt gerelativeerd door te wijzen op het gemeenschappelijke karakter van de toepasselijke regels en beginselen. Dit is de positie die in het debat met name wordt ingenomen door Oliver.<sup>9</sup> Ook in ons

7 Deze vraag wordt op zichzelf in de staats- en bestuursrechtelijke literatuur over de hele linie opgeworpen, vgl. Wade & Forsyth 2004, p. 48; Turpin & Tomkins 2007, p. 414-415; Bradley & Ewing 2007, p. 300 e.v.; Craig 2008, p. 104 e.v. en p. 109 e.v. Het verband met (de opkomst van) het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht wordt daarentegen slechts bij uitzondering gelegd; zie echter Cane 2003, p. 271-272.

8 Zie hoofdstuk 2 voor enige voorbeelden.

9 Zij betoogt dat het recht beter een integrale benadering van materieel en formeel recht ('substance, remedies and procedures') kan accepteren in plaats van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, zie Oliver 1999, p. 248.



land wordt, althans werd, die positie wel ingenomen. Vooral in de literatuur van de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw is bij ons dikwijls erop gewezen dat de rechtsbeginselen van bestuursrecht en privaatrecht met name op het terrein van het materiële recht op veel punten met elkaar overeenstemmen en elkaar kunnen beïnvloeden. Het maken van een scherp onderscheid tussen bestuurs- en privaatrecht moet in die opvatting vooral slechts om processuele redenen plaatsvinden.<sup>10</sup>

Als naar een voldoende hoog abstractieniveau wordt opgestegen zijn er, zo menen wij in reactie op Oliver, in het recht altijd wel overeenstemmende waarden te vinden die in verschillende rechtsgebieden een rol spelen.<sup>11</sup> Dat sluit echter niet uit dat er nog steeds zulke wezenlijke en ingrijpende verschillen zijn dat het zinvol is publiek- en privaatrecht als twee afzonderlijke rechtsgebieden aan te merken, zoals hier nog verder aan de orde zal komen.

Ten tweede valt te wijzen op hen die ervan uitgaan dat er wel degelijk wezenlijke verschillen zijn tussen het toepasselijke publiek- en privaatrecht, maar de vraag stellen of het onderscheid wel op de goede manier en de goede plaats wordt gemaakt.<sup>12</sup> Hier moet in het bijzonder de naam van Cane worden genoemd, die er – terecht – op wijst dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zowel in descriptieve als in *normatieve* zin kan worden gebruikt. Hij constateert dat in het Verenigd Koninkrijk de meeste tegenstanders van het onderscheid het begrip in descriptieve zin gebruiken, terwijl de voorstanders het meestal een normatieve betekenis geven.<sup>13</sup> Descriptief gebruik laat uiteraard zien hoe het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht thans vorm heeft gekregen. In concreto toont dit welke instellingen, taken of handelingen thans als publiek- of privaatrechte-

---

10 Zie bijvoorbeeld de bundel onder redactie van Peters & Kobussen 1988, waarin vrijwel alle auteurs – in het bijzonder Hirsch Ballin, Vranken, Scheltema en Snijders – het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in materieel opzicht relativeren. Die opvatting vormt ook de rode draad van het proefschrift van Kobussen 1991.

11 Oliver 1999, p. 60, noemt de volgende vijf gemeenschappelijke waarden: autonomy, dignity, respect, status and security.

12 Vgl. ook Black 1996.

13 Cane 2003, p. 276

lijk worden aangemerkt én welke normen op die handelingen van toepassing zijn. Normatief gebruik van het onderscheid toont wat wenselijk wordt geacht: welke instellingen, taken of handelingen *zouden* als publiekrechtelijk *moeten* worden aangemerkt en welke normen *zouden* daarop van toepassing *moeten* zijn. De descriptieven hebben problemen met het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, omdat ze het te vaag vinden en zich storen aan de weinig scherpe en steeds wisselende gezichtspunten die worden gehanteerd.<sup>14</sup>

Juist in een normatieve benadering is van belang dat een keuze voor het label 'publiekrecht' een keuze voor de toepasselijkheid van een eigen normenstelsel impliceert. Daarbij gaat het niet alleen om de toepasselijkheid van mensenrechten en behoorlijkheidsnormen, maar uitdrukkelijk ook om de wijze waarop publiekelijk verantwoording moet worden afgelegd (accountability).

In een later geschrift heeft Cane het – terecht – zelfs over *politiek* gebruik van het onderscheid tussen publieke en private taken.<sup>15</sup> Hij doelt daarmee op de privatiserings- of dereguleringsbewegingen van de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw, die tot op vandaag de dag doorwerken. In de Britse positiefrechtelijke literatuur wordt het politieke aspect van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet vaak belicht, net zomin als dat in de Nederlandse positiefrechtelijke geschriften het geval is. Niettemin delen wij de opvatting dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet alleen een juridisch en vooral ook door de rechter gemaakt onderscheid is, maar uiteindelijk een onderscheid is met een politiek karakter. Dit politieke karakter klinkt niet alleen door bij het kwalificeren van bepaalde taken, maar bijvoorbeeld ook bij de keuze van het reguleren van bepaalde onderwerpen in het algemeen. De vraag of een bepaald onderwerp langs privaatrechtelijke weg wordt gereguleerd is, ook bij ons, een politieke: sommige onderwerpen worden privaatrechtelijk gereguleerd, andere publiekrechtelijk. Veel onderwerpen hebben

---

14 Cane 2003, p. 276, gaat een stap verder: hij legt de descriptieven als voornaamste kritiek in de mond dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht de manier miskent waarop bevoegdheden zijn verdeeld en worden uitgeoefend.

15 Cane 2004, p. 17.

regels in zowel het publiekrecht als het privaatrecht, het huurrecht en het arbeidsrecht bijvoorbeeld. Over de gronden van deze keuze wordt niet slechts vanuit juridisch perspectief nagedacht.<sup>16</sup>

### 8.3.2 Een multifunctionele benadering

Wat onzes inziens niet uit het oog mag worden verloren, is dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht op verschillende manieren kan worden gemaakt en dat er verschillende criteria voor zijn. De keuze van het goede criterium is in het bijzonder afhankelijk van het oogmerk, van de reden, waarvoor het onderscheid wordt gemaakt. Zoals we zagen, stemmen de criteria voor de toegang tot de rechter en de criteria voor de toepasselijkheid van de human rights (HRA) weliswaar in hoofdzaak met elkaar overeen, maar er zijn toch ook enige verschillen. Wanneer het oogmerk is de accountability te regelen van buitenwettelijke instellingen die een publieke taak uitoefenen, zullen weer andere criteria moeten worden aangelegd die mogelijk overeenstemmen met deze criteria, maar daarvan ook kunnen afwijken. De toegang tot de rechter, de toepasselijke normen, de verantwoordingsmechanismen, het zijn alle verschillende oogmerken voor het maken van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Niet gezegd is dat daarvoor steeds dezelfde criteria moeten worden aangelegd. Daardoor is het bepaald niet uitgesloten dat een rechtsverhouding die in de ene context als publiekrechtelijk wordt bestempeld, in de andere context privaatrechtelijk heet. Het uit elkaar lopen van de kwalificaties staat op gespannen voet met het streven naar een zo consistent mogelijk rechtssysteem. Daarom zou ernaar gestreefd moeten worden discongruentie zo veel mogelijk te voorkomen.

Deze – wat wij zouden willen noemen – multifunctionele benadering is dus *contextgevoelig*: de keuze voor het juiste criterium is mede afhankelijk van de juridische omgeving. Bijvoorbeeld, wanneer het gaat om de toegang tot de bestuursrechter, zou de leidende gedachte

---

16 Zie over de (on)mogelijkheden van het classificeren van een bepaald rechtsgebied als publiek- of privaatrechtelijk: Yeung 2006, p. 161-162.

kunnen zijn dat het wenselijk is om de burgers die mogelijkheid met passende remedies te geven in gevallen waarin aan die burger eenzijdig verplichtingen worden opgelegd, met andere woorden: wanneer jegens hem dwangbevoegdheden worden toegepast. Voor de toegang tot de rechter zou het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening dan kunnen worden gedomineerd door het criterium van de wettelijke uitoefening van eenzijdige bevoegdheden.

Daarmee is niet gezegd dat dit in een andere context eveneens de juiste maatstaf is. Zo zou voor de vraag naar de toepasselijkheid van publiekrechtelijke rechtsnormen de grens tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden anders kunnen worden getrokken, waardoor deze normen ook van toepassing zijn op bijvoorbeeld de uitoefening van contractuele bevoegdheden, die daardoor dus in zoverre als publiekrechtelijk zouden worden gekwalificeerd. In Nederland bereiken wij voor de klassieke overheid een dergelijk resultaat door aan te nemen dat de klassieke overheid ook wanneer zij privaatrechtelijk handelt, gehouden is normen van publiekrechtelijke herkomst, zoals de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, na te leven (in Engeland geldt dat systeem ook voor de toepasselijkheid van de HRA). Wanneer een niet tot de klassieke overheid behorende instantie via een contract optreedt, zou voor het antwoord op de vraag of daarop normen van publiekrechtelijke herkomst van toepassing zijn, bepalend kunnen zijn of deze instantie een publieke taak uitoefent. In zoverre wordt dit handelen daardoor dan als publiekrechtelijk gekwalificeerd. Dit zou bewerkstelligen dat – anders dan thans naar Engels recht het geval is – op dat handelen publiekrechtelijke normen van toepassing zouden zijn.

Onze multifunctionele en contextgevoelige benadering – de benadering dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht een multifunctioneel en contextueel onderscheid is waarvoor afhankelijk van het oogmerk verschillende criteria kunnen worden aangelegd – is voor common law juristen bepaald niet vanzelfsprekend. Daarbij speelt uiteraard mee dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in het Engelse recht een jong en weinig ontwikkeld on-

derscheid is; juristen zijn niet steeds gewend in die termen te denken. Deze benadering wordt echter in de Engelse doctrine gehuldigd door de eerder al genoemde Cane.<sup>17</sup> Cane is fel bestreden, onder meer door Allison, die een zeer rijk en erudiet proefschrift aan ons onderwerp heeft geweid: *A Continental Distinction in the Common Law*.<sup>18</sup> Zijns inziens is het niet juist dat het onderscheid afhangt van een complexe set van onderscheidingen die variëren afhankelijk van het oogmerk en de context, zoals Cane heeft betoogd; integendeel, uit de rechtsvergelijking blijkt dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, het hoofdonderscheid, de '*summa divisio*' ('supreme distinction'), van het continentale juridische denken is.<sup>19</sup> Als continentale juristen menen wij dat de historische en rechtsvergelijkende waarnemingen, waarop Allison zich baseert, niet in de weg staan aan het maken van analytische onderscheidingen die zelfs politiek gekleurd kunnen zijn. Het is naar onze mening veeleer zo dat *omdat* het hét hoofdonderscheid is, het multifunctioneel, met diverse oogmerken, wordt gebruikt en aan de hand van uiteenlopende criteria wordt onderscheiden.

### 8.3.3 Drie posities in het debat

Al met al zijn er ten aanzien van de beoordeling van de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in Engeland drie posities te onderscheiden. In de eerste plaats zijn er degenen die het onderscheid verwerpen.<sup>20</sup> Zij zien het als een onderscheid dat thuis hoort op het continent, en dat helaas, mede via Europa, is doorgedrongen tot het Engelse recht. Zij willen deze weeffout weer zo snel mogelijk uit hun stelsel verwijderd zien. Daartegenover staat de positie van degenen die de opmars van het onderscheid onvermijdelijk achten, in het bijzonder vanwege de behoefte aan een meer uniform geregelde toegang tot de bestuursrechter.<sup>21</sup> Zij aanvaarden dit onder-

---

17 Cane 2003, p. 247 e.v.; Cane 2004, p. 18. Zie ook Freedland 2006, p. 107.

18 Allison 1996.

19 Allison 2007, p. 698 e.v.

20 Bijv. Harlow 1980, p. 241 e.v. en Oliver 1999, p. 248.

21 *De Smith's* 2007, p. 109 e.v.

scheid zonder er al te grote vraagtekens bij te plaatsen, nemen de nog bestaande onzekerheden voor lief en wachten de eventuele consequenties, met name op materieel vlak, stilzwijgend af. Ten slotte is er de tussenpositie van degenen die de opmars van het onderscheid in het Engelse recht in principe wel aanvaarden, maar de vraag stellen of de criteria, aan de hand waarvan het onderscheid thans wordt gemaakt, wel deugen: moet de grens tussen publiek- en privaatrecht niet op een andere plaats worden getrokken en moeten, al dan niet in de doctrine, daarvoor niet andere, betere, maatstaven worden ontworpen?<sup>22</sup> Het is deze laatste positie waarin wij ons, als continentale juristen, mede vanwege de multifunctionele rol die dit onderscheid in het Nederlandse recht speelt, het meest herkennen. Het is ook deze positie die wij voor het Engelse debat het meest vruchtbaar achten.

## **8.4 Publieke taak: van ‘government’ naar ‘governance’**

### **8.4.1 De governance-benadering**

De hiervoor genoemde vragen – en met name ook de vragen naar de toepasselijkheid van materieel bestuursrecht en het publiekelijk afleggen van verantwoordelijkheid (accountability) – komen niet uit de lucht vallen. Hiervoor kwam al een aantal keren de politieke dimensie, meer in het bijzonder de privatiserings- en verzelfstandigingsgolf, ter sprake. Het is hoog tijd wat meer daarover te zeggen, in het bijzonder over haar invloed op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

Of het nu toeval is of niet, de opmars van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, de sterke opkomst van het bestuursrecht, en in het bijzonder de bestuursrechtelijke toetsing, gingen gepaard met een zeer belangrijke wijziging in de wijze waarop in Engeland de uitvoerende macht vorm heeft gekregen en zijn taken uitvoerde: de *privatisering* in de jaren van Thatcher en opvolgers. Wat de jurispruden-

---

22 Met name Cane 2003, p. 247 e.v.; Freedland 2006, p. 107 e.v.

tie en de discussie in de literatuur laten zien, is dat er een antwoord wordt gezocht op de vraag hoe moet worden omgegaan met het feit dat allerlei activiteiten die vroeger misschien vanzelfsprekend door de overheid werden verricht, thans ook of in plaats van door de overheid door private instanties worden gedaan. Die ontwikkeling gaat eigenlijk nog een stap verder. Het gaat niet alleen om een overhevelen van activiteiten van de traditionele overheid naar private instanties. Onderkend wordt inmiddels dat door private instanties ook uit eigen beweging activiteiten worden ondernomen waarbij een normering en een rechtsbescherming passen die lijken op de normering en rechtsbescherming die traditioneel bij activiteiten van de overheid hoorden. De hier geschetste ontwikkeling is te vatten in een benadering die het concept van ‘*governance*’ centraal stelt, een benadering die uitdrukkelijk ook haar sporen nalaat in het recente Engelse staats- en bestuursrecht.

‘Governance’ is een concept in de literatuur dat betrekking heeft op de reeks van activiteiten en processen die we ‘besturen’ noemen en aan de hand waarvan op een andere dan de traditionele wijze wordt gekeken naar de overheid, de samenleving en vooral naar de verhouding tussen overheid en samenleving.<sup>23</sup> De betekenis van het begrip ‘governance’ is niet erg vast omlijnd en is mede afhankelijk van de achtergrond van degene die het begrip bezigt.<sup>24</sup> ‘Governance’ moet in ieder geval worden onderscheiden van ‘government’ (overheid).<sup>25</sup> Het begrip ‘governance’ is ruimer: het verwijst niet naar de instelling, maar naar, wat men in sommige van die kringen wel noemt, de *kunst*

---

23 Dat heeft governance gemeenschappelijk met andere theoretische benaderingen waarin de overheid in verhouding met de samenleving wordt bestudeerd. Bekend voorbeeld is de *autopoiese* van Gunther Teubner, die in het Nederlandse bestuursrecht en regelgevingliteratuur aan het begin van de jaren negentig wel enige aandacht heeft gekregen, zie bijvoorbeeld Huls & Stout 1992. Op dit verband tussen governance en systeemtheorieën, zoals de autopoiese, wordt – terecht – ook in de Britse literatuur wel gewezen, zie Black 2001, p. 106. Cane 2003, p. 273, baseert zijn voorstellen voor een ander onderscheid tussen publiek- en privaatrecht met name op Teubner 1998, p. 393 e.v.

24 Zie voor de verschillende betekenissen met name Rhodes 1997 en Rhodes 2000, p. 54 e.v.

25 Zie ook Drewry 2007, p. 186 e.v.

van het besturen.<sup>26</sup> Die kunst of activiteit kan worden verricht door de overheid in eigenlijke zin, maar ook door anderen: door gepri-vatiseerde instellingen, door het maatschappelijk middenveld, enzo-voort. ‘Governance’ in deze zin is gelijk te stellen met de vervulling van de *publieke taak*, die immers eveneens zowel door de overheid als door anderen kan worden uitgevoerd.

Om hieraan uitdrukking te geven bestudeert men niet alleen in de politieke wetenschappen maar tegenwoordig *ook in het Engelse staats- en bestuursrecht* ‘governance’ in plaats van ‘government’. Het accent komt daardoor, ook in het vakgebied van het bestuursrecht, te liggen op de *activiteit* – de uitvoering van de publieke taak of de publieke functie – naast het al of niet zijn van overheids*instelling*. Men duidt dit wel aan als de functionele benadering van de vaststel-ling van de reikwijdte van het bestuursrecht, die wordt onderschei-den van de (gedateerde) institutionele benadering.<sup>27</sup> Het wordt in het Engelse bestuursrecht van belang geacht de termen ‘government’ en ‘governance’ zo veel mogelijk en met grote precisie uit elkaar te hou-den.<sup>28</sup>

#### 8.4.2 Betekenis voor het staats- en bestuursrecht

Deze fundamentele koerswijziging, die in de governance-benadering nadrukkelijk tot uitgangspunt is gekozen, heeft veel verschillende consequenties en roept uiteenlopende vragen op. Een aantal daarvan is voor het staats- en bestuursrecht relevant. Naar onze mening zijn dat de volgende.

In de eerste plaats is er de vraag naar de wettelijke grondslag en meer algemeen naar de *democratische legitimatie*: in hoeverre is het hiervoor bezwaarlijk dat een belangrijk deel van de publieke taak door buitenwettelijke instellingen wordt uitgevoerd? In de tweede

---

26 Het is een terminologie die men met name vindt bij Michel Foucault en de auteurs die hem tot uitgangspunt nemen. Zie bijv. Foucault 1991, p. 87 e.v. en recent hetzelfde betoog in een nieuwe vertaling; Foucault 2007, p. 87 e.v.

27 Cane 2004, p. 4; Anthony 2008b, p. 237.

28 Cane 2004, p. 10.



plaats is het de vraag op welke wijze over dit optreden publiekelijk verantwoording wordt afgelegd. In Engelse termen is dit de netelige vraag naar de *accountability*, die, zoals gezegd, in de juridische literatuur veel aandacht krijgt.<sup>29</sup> In de derde plaats is er de vraag naar de *normering* van dit optreden: in hoeverre zijn de publiekrechtelijke normen, zoals de mensenrechten en andere normen van publiekrechtelijke herkomst, erop van toepassing? In de vierde plaats is er de vraag naar het *governance-instrumentarium*: in hoeverre vraagt dit optreden om een ander instrumentarium? Te denken valt niet alleen aan klassieke instrumenten (wet, beschikking enzovoort) maar ook aan alternatieve instrumenten (overeenkomst, voorlichting enzovoort). In de vijfde plaats is er de vraag naar de *rechtsbescherming* en meer in het bijzonder naar de toegang tot de rechter: welke rechter dient het handelen te beoordelen dat wordt uitgeoefend door buitenwettelijke instellingen die een publieke taak uitvoeren? We hebben gezien dat de grenzen thans betrekkelijk willekeurig worden getrokken: de beslissing van het Take-over Panel was wel vatbaar voor judicial review, die van de Jockey Club niet.

Het is voor de bestudering van deze vragen van belang in het oog te houden dat bestuursrechtjuristen zich in Engeland met name op de rechtsbescherming, op judicial review, richten. De (overheids)organisatie komt slechts zijdelings aan de orde en de keuze van het (overheids)instrumentarium valt geheel buiten hun blikveld. Daar staat echter tegenover dat ook regelgevingwetenschappers (*scholars dealing with regulation*) zich met deze vragen bezighouden. Dat geldt in het bijzonder voor het hier als vierde vraagpunt genoemde onderwerp, het instrumentarium.<sup>30</sup> Volledigheidshalve: de vragen die betrekking hebben op (politieke en democratische) accountability krijgen uiteraard vooral aandacht van de staatsrechtelijk en politicologisch georiënteerden.

29 Zie, naast de in paragraaf 2.5 genoemde literatuur over accountability in het algemeen, voor de gevolgen van contracting-out voor accountability in het bijzonder nog Freedland 1994, p. 102 e.v.

30 Bijv. Baldwin & Cave 1999, p. 34 e.v. en Baldwin 2005, p. 485 e.v.

Binnen de governance-benadering vormen de normeringsvragen, de vragen van *good governance*, een belangrijk onderdeel. Het concept van de ‘good governance’ wordt in Nederland wel aangeduid als ‘goed bestuur’. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur maken deel uit van de verzameling van normen die tot de normen van goed bestuur worden gerekend – de zogeheten ‘algemene beginselen van goed bestuur’ –, maar deze verzameling bevat ook andere normen die het bestuur in acht moet nemen.<sup>31</sup> Daarbij wordt in het bijzonder gedacht aan bestuurlijke doorzichtigheid – de norm van transparantie –, waaraan onder meer te voldoen is door het op alternatieve wijze afleggen van publieke verantwoording.<sup>32</sup> Belangrijk is dat, ook hier, het begrip ‘bestuur’ ruim moet worden begrepen: niet alleen de traditionele bestuursorganen vallen er onder, maar alle instellingen die een publieke taak uitvoeren. Voor al deze instellingen is de vraag aan welke normen zij onderworpen zijn; meer in het bijzonder in hoeverre publieke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, of publieke verantwoordingsmechanismen, zoals ministeriële verantwoordelijkheid, op private instellingen van toepassing kunnen zijn.

Al met al is de ‘governance approach’ *agenderend* voor een wezenlijk deel van het Engelse staats- en bestuursrecht.<sup>33</sup> Wij zien de vragen die worden gesteld in de governance-benadering in het *Nederlandse* staats- en bestuursrecht terug in het debat over de publieke taak. Daar zijn de staats- en bestuursrechtelijke vragen eveneens die naar de omvang en de reikwijdte van de publieke taak, het instrumentarium, de normering en de rechterlijke toetsing.<sup>34</sup> Dat wil niet zeggen dat deze vragen thans reeds in Nederland over de volle breedte de

31 Vgl. Addink 2005, p. 169 e.v.

32 Langzaam maar zeker begint ook in de Nederlandse juridische literatuur de aandacht hiervoor toe te nemen. Vgl. Besemer 2007, p. 195 e.v.

33 Het lijkt wel haast geen toeval te zijn dat de – door de UK Constitutional Law Group georganiseerde – bijeenkomst van de International Association for Constitutional Law (IACL) in 2008 te Londen dit thema tot onderwerp had, onder de titel: *The Regulatory State: Constitutional Implications*.

34 Men zie ook de thema’s die centraal stonden op de Staatsrechtconferentie 2002 over de publieke taak: Sap, Vermeulen & Zoethout 2003 en de preadviezen van de VAR 2008 over privaat bestuur: Zijlstra, Van Gestel & Freriks 2008.

aandacht krijgen die zij naar onze mening verdienen. Het vraagstuk naar de inhoudelijke taken van de overheid en de vrijheden van de burger en de maatschappelijke instellingen geldt in de Nederlandse staatsrechtwetenschap nog steeds als een traditioneel tamelijk onderbelicht thema.<sup>35</sup>

## 8.5 Bevindingen

De opmars van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht lijkt zich gestaag voort te zetten. Het onderscheid wordt met verschillende oogmerken gemaakt. De eerste twee – de toegang tot de bestuursrechter en de toepasselijkheid van de HRA – zijn in de voorgaande hoofdstukken al uitvoerig aan de orde geweest. Ten derde is het onderscheid van belang voor de overige toepasselijke materieel publiekrechtelijke normen die andere of zelfs hogere standaarden van gedrag van het openbaar bestuur vergen en voor de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen (accountability). Dit oogmerk kwam in dit hoofdstuk ter sprake.

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht levert een rijke agenda op voor onderzoek op het gebied van het staats- en bestuursrecht. De governance-benadering, die tot uitgangspunt neemt dat de publieke taak niet alleen door de overheid in klassieke zin wordt uitgevoerd, kan daarbij behulpzaam zijn.

Gebleken is dat er verschillende manieren zijn om met het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht om te gaan. Dit is van belang voor de wijze waarop het onderscheid wordt gewaardeerd. Het onderscheid wordt niet alleen descriptief gehanteerd, maar ook in normatieve zin gebezigd. Bij het descriptieve gebruik van het onderscheid wordt in kaart gebracht hoe de stand van het recht dienangaande op dit moment is. Maar wie de doctrine aan het woord laat, kan meer verwachten, namelijk normatieve oordelen: beoordeeld wordt of de grens tussen publiek- en privaatrecht wel op een goede manier wordt getrokken en of dat niet anders zou moeten. Bij

---

35 Vgl. Sap, Vermeulen & Zoethout 2003, p. v.

deze beoordeling spelen de verschillende oogmerken waarvoor het onderscheid wordt gehanteerd een rol; de keuze om het onderscheid op een bepaalde manier te maken is contextgevoelig. Het is deze multifunctionele – maar in Engeland betwiste – benadering die onze voorkeur heeft.

Een normatief oordeel is uiteraard niet alleen aan juristen voorbehouden en hangt ook niet alleen samen met juridische oordelen. Het is immers een politieke keuze welke instellingen een publiek- of privaatrechtelijk karakter moeten hebben, met alle consequenties van dien. De discussie hierover heeft zich in Engeland in het bijzonder in het kader van de privatiseringsgolf voorgedaan, maar speelt ook vandaag de dag weer een grote rol. Uiteindelijk komt de positie die men ten aanzien van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht inneemt neer op een stellingname die ziet op de verhouding tussen overheid en samenleving in het algemeen.<sup>36</sup>

---

36 Terecht betrekken studies waarin het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht fundamenteel wordt bekritiseerd, mede daarom één of meer staatstheorieën in hun beschouwingen. Zie bijvoorbeeld Allison 1996, p. 34 e.v. en Oliver 1999, p. 2 e.v.



## HOOFDSTUK 9

# SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Van oudsher kent het Engelse recht geen uitdrukkelijk onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Sterker nog: onder invloed van de negentiende-eeuwse staatsrechtgeleerde Dicey is het benoemen en nader ontwikkelen van het publiekrecht als afzonderlijk rechtsgebied, waarbij voor de overheid een eigen normenstelsel en een aparte bestuursrechter zou worden gecreëerd, lange tijd expliciet afgewezen, omdat gevreesd werd dat daarmee de overheid een bijzondere, voor haar gunstigere, positie zou innemen in het recht. Geleidelijk aan is hierin verandering aan het komen. Deze opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht vormt het onderwerp van dit boek. De centrale vraagstelling is in hoeverre het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een rol is gaan spelen in het Engelse recht en welke betekenis aan dit onderscheid moet worden toegekend. Ter beantwoording hiervan zijn twee deelvragen te onderscheiden:

1. Met het oog waarop – waarvoor – wordt het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht gemaakt?
2. Aan de hand van welke criteria – hoe – wordt de grens tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht getrokken?

Kort samengevat is het antwoord op de eerste deelvraag vierledig: het onderscheid is van belang voor de toegang tot de rechter, de op de rechtsverhouding toepasselijke rechtsnormen, de democratische legitimatie van het optreden, en de verantwoordingsmechanismen die voor het handelen moeten gelden (accountability). Bij het antwoord op de tweede deelvraag spelen verschillende criteria een rol. Voor de toegang tot de rechter is naast de ‘source-of-power’-test de

‘public-function’-test gaandeweg van groter belang geworden. In het kader van de toepasselijkheid van de HRA is voor het handelen van niet tot de klassieke overheid behorende instanties de maatstaf geformuleerd of er sprake is van een ‘function of a public nature’. Voor de toepassing van deze publieke-taaktesten is een groot aantal gezichtspunten relevant, die in beide gevallen sterk met elkaar vergelijkbaar zijn. Hoewel deze publieke-taaktesten niet geheel met elkaar kunnen worden vereenzelvigd, kan in ieder geval worden geconstateerd dat naast institutionele maatstaven – wie handelt? – een steeds grotere rol is weggelegd voor functionele maatstaven – wat houdt de activiteit in?

Er dringen zich opmerkelijke parallellen met de situatie in Nederland op. Te noemen vallen onder meer de vraag in hoeverre private instellingen die een publieke taak vervullen als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt, de vraag hoe de grens tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtshandelingen moet wordt getrokken, en het in onze ogen multifunctionele karakter van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in het algemeen.

Is hiermee aldus een kort antwoord gegeven op onze onderzoeksvragen, de zoektocht naar dit antwoord heeft langs een aantal verschillende paden geleid. De opmars van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in Engeland heeft zich in eerste instantie afgetekend bij de *toegang tot de rechter*. Van oudsher heeft de rechter in het Engelse systeem een taak als het gaat om de beoordeling van het optreden van de overheid. Wanneer de wetgever daarin niet op speciale wijze heeft voorzien (door middel van een statutory appeal), kan de burger het optreden van de overheid via judicial review aan de rechter voorleggen. Het concept van judicial review is geënt op de sovereignty of parliament: de gedachte is dat de rechter beoordeelt of de overheidsinstantie is gebleven binnen de grenzen van de hem door de wetgever toegekende bevoegdheden. De vraag bij welke rechter werd geprocedeerd, was tot in de jaren zeventig van de vorige eeuw met name afhankelijk van de soort actie die men wilde instellen – met andere woorden: wat men wilde bereiken met de juridi-

sche procedure (bijvoorbeeld vernietiging van een besluit of een verbod tot een bepaalde handeling). Om te komen tot stroomlijning in het woud van procedures heeft vervolgens een hervormingsoperatie plaatsgevonden die uitmondde in een speciale regeling voor de procedure van judicial review bij de Queens Bench Division van het High Court. In deze procedure kunnen alle mogelijke vorderingen worden ingesteld (van vernietiging tot een rechterlijk verbod en de toekenning van schadevergoeding). Voor de opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht vormt vervolgens het uit 1982 daterende arrest van het House of Lords in de zaak *O'Reilly versus Mackman* een belangrijke mijlpaal. In die zaak werd overwogen dat wie een publiekrechtelijk geschil heeft met de overheid waarvoor de wetgever niet in een speciale procedure heeft voorzien (in de vorm van een statutory appeal), zich daarvoor in principe tot de Queens Bench Division van het High Court moet wenden in een procedure voor judicial review. Een procedure voor de gewone rechter is ter zake uitgesloten. Weliswaar is deze exclusiviteitsregel in de loop van de tijd wat afgezwakt, maar de koers was uitgezet: publiekrechtelijke geschillen worden in principe voor de bestuursrechter uitgevochten. De Queens Bench Division van het High Court die destijds met de beslechting van publiekrechtelijke geschillen werd belast, is inmiddels in Engeland en Wales omgedoopt tot Administrative Court. Daarmee wordt het beeld van aparte, gescheiden procedures – een publiekrechtelijke en een gewone procedure – versterkt.

De exclusiviteitsregel zet het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht op scherp. Hij dwingt ertoe van iedere rechtsverhouding waarover een rechtsgeschil ontstaat, of dreigt te ontstaan, af te vragen of deze verhouding als publiek- of privaatrechtelijk moet worden bestempeld. Die kwalificatie is immers nodig voor een correcte forumkeuze. Daar komt nog bij dat – anders dan bij ons – het niet zo is dat als de rechtzoekende niet bij de bestuursrechter terecht kan, hij bij de gewone rechter een actie kan instellen waarmee hij (min of meer) hetzelfde resultaat kan bereiken. Indien de rechtzoekende niet bij de bestuursrechter terecht kan, staat hij meer dan eens met lege handen.



In de jurisprudentie is een aantal criteria ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een rechtsverhouding een publiekrechtelijk karakter heeft en de geschillen die eruit voortvloeien derhalve vatbaar zijn voor de judicial review-procedure. In de eerste plaats is er de 'source-of-power'-test. Hoofddregel is dat voor zover het optreden van een instelling op een wettelijke voorschrift is gebaseerd, dit optreden vatbaar is voor judicial review. In de tweede plaats geldt als hoofddregel dat het gebruik van contractuele bevoegdheden, ook als zij op een wettelijke grondslag zijn gebaseerd, niet vatbaar is voor judicial review. Op beide hoofdregels komen enige uitzonderingen voor. Een verschil met Nederland is dat in de Engelse rechtspraak vrijwel geen uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de instelling en de bestuurshandeling.

Deze hoofdregels geven geen antwoord op de vraag hoe het (niet-contractuele) optreden van buitenwettelijke instellingen die een publieke taak uitoefenen, moet worden gekwalificeerd. Om dergelijke activiteiten binnen het bereik van de judicial review-procedure te brengen, is in de rechtspraak de *public-functiontest* ontwikkeld. Deze test houdt in dat als de instelling een publieke taak uitoefent ('the exercise of a public function') dit handelen vatbaar is voor judicial review. Deze test is in de praktijk uiterst belangrijk. Hij is vastgelegd in rule 54.1 CPR. De formulering van rule 54.1 CPR is zelfs zodanig dat het erop lijkt dat voor de toegang tot de judicial review-procedure steeds zou moeten worden vastgesteld of het gaat om een handeling in het kader van een publieke taak. In de jurisprudentie blijkt dat echter ten aanzien van klassieke overheidsinstanties niet te gebeuren.

Uit de jurisprudentie valt een aantal gezichtspunten af te leiden aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van de uitoefening van een publieke taak. Wij laten deze gezichtspunten nog even de revue passeren:

- 'but-for'-test;
- statutory underpinning;
- machtspositie;
- geen vrijwillige aansluiting of deelname;

- financiering uit publieke middelen ('public funding');
- buitenlandse overheidstaken;
- public-interesttest;
- belasting rechterlijke macht.

De 'but-for'-test en de vraag of sprake is van enige 'statutory underpinning' van de activiteit in kwestie, lijken het meeste gewicht te hebben.

Het zijn gezichtspunten die ook in Nederland in meer of mindere mate – en evenals in Engeland met wisselend succes – een rol spelen bij de vaststelling van wat een publieke taak is. Ook in ons land vervult de publieke-taaktest een aanvullende functie: er wordt pas aan toegekomen als er geen specifieke wettelijke grondslag is. Er is echter ook een verschil. In ons land is de publieke-taaktest van belang zowel voor het optreden van de klassieke overheid als andere instellingen, terwijl hij naar Engels recht vrijwel uitsluitend wordt toegepast om het handelen van private instellingen vatbaar voor de judicial review-procedure te achten.

Vanuit constitutioneel perspectief zijn vraagtekens bij de public-functiontest te plaatsen. Dat het handelen van buitenwettelijke instellingen vatbaar is voor judicial review, is in het licht van de Britse constitutionele doelstellingen van judicial review strikt genomen eigenlijk niet passend. Het is echter wel het terrein waarop het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht sterk tot ontwikkeling is gekomen. Ook in Nederland is er juist vanuit staatsrechtelijke hoek ernstige kritiek op de publieke-taaktest uitgeoefend. Ondanks de verschillen is een gemeenschappelijk punt van kritiek dat de bestuursrechter zich op een ietwat oneigenlijke manier de bevoegdheid toe-eigent om over buitenwettelijk bestuursoptreden te oordelen.

De volgende stap, die een sterker materieel karakter heeft, kon bijna niet uitblijven. Als verschillende rechters over verschillende soorten zaken gaan oordelen, kan het haast niet anders of zij gaan op een gegeven moment ook uiteenlopende *materiële toetsingsnormen* toepassen. Het materiële onderscheid is het meest duidelijk te zien bij de toepasbaarheid van mensenrechten, maar daarbij is het niet gebleven.

De Human Rights Act 1998 kan alleen worden ingeroepen tegen het optreden van public authorities. Behalve op de klassieke overheidsinstellingen – ook wel aangeduid als ‘core public authorities’ in de context van de HRA – is de HRA ook van toepassing op de instellingen die in de doctrine worden aangeduid als ‘hybrid public authorities’. Een belangrijk verschil tussen de core public authorities en de hybrid public authorities is dat de hybrid public authorities niet voor al hun handelen onderworpen zijn aan de werking van de HRA. Zij zijn dat niet ‘if the nature of the act is private’, aldus section 6(5) HRA. Voor hun privaatrechtelijke optreden behoeven de hybride publieke instellingen de HRA niet in acht te nemen. Wij kennen in Nederland een vergelijkbaar onderscheid voor het handelen van bestuursorganen: a-organen vallen voor heel hun optreden onder de werking van deze wet, terwijl b-organen slechts voor hun publiekrechtelijke rechtshandelingen daaraan onderworpen zijn. In de HRA wordt dus voor hybrid public authorities een uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de taak of functie van de instelling enerzijds en de aard van de handeling die wordt verricht anderzijds. Dit is overigens een verschil met de toegang tot de rechter, waar geen uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de instelling en de handeling.

De HRA bevat een criterium om vast te stellen of een instelling een hybrid public authority is. Er dient daartoe sprake te zijn van de uitoefening van een ‘*function of a public nature*’, aldus section 6(3)(b) HRA. Ook hier is sprake van een bepaalde soort publiek-taaktest.

Voor de vaststelling of de instelling een taak uitoefent die een ‘function of a public nature’ inhoudt, zijn uit de jurisprudentie verschillende gezichtspunten af te leiden. Wij laten ook deze gezichtspunten nog even de revue passeren:

- uitoefening van wettelijke bevoegdheden;
- financiering uit publieke middelen (‘public funding’);
- overheidsbemoeyenis;
- overheidsverantwoordelijkheid; de plaats innemen van de ‘klassieke’ overheid;
- public interest of publieke dienst;
- risico op schending van mensenrechten.

Deze gezichtspunten lijken op de gezichtspunten die worden gehanteerd in het kader van de public-functiontest voor judicial review. Van belang is er op te wijzen dat de vraag of sprake is van een ‘function of a public nature’ in het kader van de HRA, uitdrukkelijk beperkt is tot het optreden van ‘hybrid public authorities’. Omdat de tekst van de CPR inzake de beschikbaarheid van de judicial review-procedure de indruk wekt dat de public-functiontest daar op al het optreden betrekking heeft, is door sommigen wel betoogd dat een activiteit die voorheen door een klassieke overheidsinstantie werd uitgevoerd en vatbaar was voor judicial review, wanneer zij vervolgens overgaat in private handen zou moeten worden gekwalificeerd als een ‘function of a public nature’ in de zin van de HRA. Deze conclusie is evenwel in de rechtspraak niet getrokken. Naar aanleiding van de uitspraak van het House of Lords in de YL-zaak, is over deze kwestie een hoogoplopend debat ontstaan, waarbij de argumentatie deels juridisch-dogmatisch van aard is, maar deels ook over politieke en pragmatische wenselijkheden gaat.

De geanalyseerde jurisprudentie overziend – zowel die voor de toegang tot de bestuursrechter als die voor de toepasselijkheid van de HRA – valt op dat zij vrijwel meestal betrekking heeft op het optreden van buitenwettelijke instellingen die een publieke taak vervullen. Hoewel die in het Verenigd Koninkrijk van oudsher wel voorkomen, is hun aantal zeer aanzienlijk toegenomen sedert de privatiserings- en dereguleringsgolf die door Margaret Thatcher in 1979 is ingezet. Of het nu toeval is of niet, de opmars van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht valt samen met deze zeer fundamentele koerswijziging in de Britse politiek-bestuurlijke verhoudingen.

Los van de wijze waarop de invulling van de publieke-taaktesten in de context van judicial review respectievelijk de HRA precies uitpakt, is het dan ook interessant om te constateren dat in het Engelse recht naast een *institutionele benadering* in het kader van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een *functionele benadering* steeds belangrijker is geworden. Daarmee is het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht verknoopt geraakt met de benadering waarin naast ‘government’ aandacht wordt besteed aan het concept

van 'governance'. In deze governance-benadering dienen zich als het gaat om het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, naast de toegang tot de rechter en de toepasselijke rechtsnormen, ook weer nieuwe dimensies aan waarvoor het onderscheid relevant kan worden geacht: de *democratische legitimatie* van het optreden en de toepasselijkheid van publieke verantwoordingsmechanismen (*accountability*).

De buitenwettelijke instellingen – privaatrechtelijke instellingen – zijn veel minder goed democratisch verankerd. De formele publiekrechtelijke legitimatie schiet hier tekort. Voorts is het onderscheid van belang voor wat de Britten de *accountability* noemen. Hoe kan over het optreden van privaatrechtelijke instellingen die een publieke taak vervullen op een verantwoorde manier verantwoording worden afgelegd? Ook hier schiet het traditionele publiekrechtelijke antwoord – de ministeriële verantwoordelijkheid – tekort. Opgemerkt zij dat voor de democratische controle en de *accountability* geen *afzonderlijke* criteria zijn ontwikkeld aan de hand waarvan tussen publiek en privaaf kan worden onderscheiden. Veeleer is het zo dat in het verlengde van de eerdergenoemde oogmerken wordt geconstateerd dat de democratische controle en de *accountability* van de private instellingen die een publieke taak vervullen problematisch zijn. De criteria die primair bedoeld zijn voor de toegang tot de bestuursrechter en de toepasselijkheid van de HRA kunnen ook dienstig zijn in andere verbanden waarin een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht aan de orde is, zoals het onderscheid tussen publieke en private instellingen en het kwalificeren van het instrumentarium.

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is voor de democratische legitimatie en de *accountability* – die meer op staatsrechtelijk vlak liggen – van groot belang. Uit de aard der zaak zijn dit onderwerpen die in de jurisprudentie veel minder sterk aan de orde komen. In de doctrine daarentegen zijn deze kwesties niet meer weg te denken. De democratische legitimatie en de *accountability* vormen dan ook het eind van onze zoektocht. Het verband tussen de opkomst van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en deze twee onderwerpen roept – aan het eind van onze zoektocht – weer

nieuwe vragen op, die buiten de centrale vraag van dit onderzoek vallen. Wel is het zo dat de vragen naar de democratische legitimatie en de accountability op dit moment dé twee kernvragen zijn die het staatsrecht bezighouden waar het de 'overheid op afstand' betreft. Wij achten al deze vragen, maar in het bijzonder ook deze twee staatsrechtelijke, dan ook agenderend voor het Engelse staats- en bestuursrecht.

Maar met die constatering willen wij niet volstaan. Immers, in Nederland is de situatie niet wezenlijk anders. Ook voor ons staatsrecht geldt dat met betrekking tot de private instellingen die een publieke taak uitvoeren met name de beantwoording van de vragen over de democratische legitimatie en het afleggen van verantwoording in het brandpunt van de juridisch wetenschappelijke belangstelling behoort te staan.

Op dit punt aangeland, kan worden geconcludeerd dat de opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht is begonnen in een formele, zo men wil procedurele, context, maar dat die opmars vervolgens ook een materieelrechtelijke dimensie heeft gekregen. De grenzen van het onderscheid zijn nog (zeer) grillig en de consequenties ervan, met name de consequenties op materieelrechtelijk terrein, zijn ook nog niet volledig te overzien. Maar het Engelse recht lijkt zich in ieder geval te ontdoen van de erfenis van Dicey. Overigens kan ook worden geconstateerd dat de vrees van Dicey, dat de ontwikkeling van een stelsel van publiekrecht de overheid in het recht zou bevoordelen, niet wordt bewaarheid. Met name waar het gaat om de normering die ten aanzien van het publiekrechtelijke optreden geldt, stelt het publiekrecht strengere eisen.

De volgende vraag die zich opdringt is hoe deze opmars, die naar het lijkt niet te stuiten is, moet worden beoordeeld. Grosso modo zijn er *drie posities* te onderscheiden. Een eerste positie wordt ingenomen door degenen die het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht verwerpen. Deze positie wordt mede gevoed door de grillige en daardoor tot onzekerheid aanleiding gevende wijze waarop de afbakening in de jurisprudentie gestalte krijgt. Daartegenover staan

degenen die de opmars van het onderscheid onvermijdelijk achten, in het bijzonder vanwege de behoefte aan een meer uniform geregelde toegang tot de bestuursrechter. Een tussenpositie wordt ingenomen door degenen die de opmars van het onderscheid in het Engelse recht in principe wel aanvaarden, maar de vraag stellen of de criteria aan de hand waarvan het onderscheid thans wordt gemaakt wel deugen: moet de grens tussen publiek- en privaatrecht niet op een andere plaats worden getrokken en moeten, al dan niet in de doctrine, niet andere, betere, maatstaven worden ontworpen? In deze laatste positie voelen wij ons het meest thuis.

In onze ogen kan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht het best worden gezien als een *multifunctioneel* onderscheid: het is van het oogmerk waarvoor het onderscheid wordt gemaakt afhankelijk welke criteria voor dit onderscheid kunnen worden aangelegd. Het hoeft onzes inziens dan ook niet te verwonderen dat de beantwoording van de hoe-vraag – welke criteria worden gehanteerd voor het onderscheid? – mede afhankelijk is van de waarvoor-vraag – met het oog waarop wordt het onderscheid gemaakt? In de Engelse doctrine wordt onze opvatting echter niet breed onderschreven. Integendeel, over het algemeen is men nog niet zover.

## CHAPTER 10

# SUMMARY: THE RISE OF THE PUBLIC-PRIVATE DIVIDE IN ENGLISH LAW

Traditionally, the distinction between public law and private law is not rooted in English law. In continental law, on the other hand, the distinction is of fundamental importance. A prominent part in the rejection of the distinction between public and private law in the English legal system was played by A.V. Dicey, who presumed that developing a separate set of rules – public law – would work to the advantage of public decision-makers. Dicey always emphasized that according to one of the most important principles of English law – the rule of law – everyone is equal under the law and will be judged by the same, ordinary courts. But things are changing: English law has adopted the distinction between public and private law. In this book we describe the rise of this distinction. Our central question is to what extent the public-private law divide plays a role in English law nowadays and how the role of this distinction between public and private law should be evaluated.

In order to answer this central question, two sub-questions should be elaborated:

1. For what purposes is the distinction between public and private law being used in English law? (The ‘what for’-question.)
2. On what kind of criteria is the distinction between public and private law being made in English law? (The ‘how’-question.)



The rise of the public-private divide in English law started in the context of judicial review and the distinction became very important with the outcome of the *O'Reilly v. Mackman* case in 1982. After the reform of the procedure for judicial review which was made in 1977, a discussion had arisen on the question whether the new procedure (in which both the ordinary remedies and the old prerogative remedies could be sought) was meant to be exclusive, in the sense that the litigant was obliged in a public law case to use the new procedure for judicial review. The relevance of this question lies, among other things, in the fact that when one was seeking an ordinary remedy, one might prefer to use the ordinary procedure, because of the application of less strict time-limits to commence such a procedure and the lack of the requirement to obtain permission (then: leave) to proceed. In the famous *O'Reilly* case the House of Lords ruled that – besides some exceptions which should subsequently be decided on a case-by-case basis – the new procedure for judicial review is exclusive to public law cases. Because of this decision by the House of Lords it became necessary to qualify cases as public law or private law in order to know which kind of proceedings should be commenced. Although the strictness of the rule from the *O'Reilly* case has been mitigated over the years, it is important to realize that it really opened the door to considering the judging of public law cases as a specific branch of jurisdiction. Indeed, the point can be seen in the fact that the Queens Bench Division of the High Court in England and Wales, which is entrusted with the task of judicial review, is nowadays called ‘the Administrative Court’.

Looking at the case law one can find several tests for deciding whether a case should be qualified as a public law case and therefore be amenable to judicial review. A very important test, probably the most important, is to consider the source of power. Following this ‘source-of-power’-test a case is amenable to judicial review if the power on which an action is based is statutory. If, on the other hand, the case concerns the exercise of contractual powers, it is a case which is not amenable to judicial review. There are, of course, exceptions in the strictness of this test.

The application of the ‘source-of-power’-test leaves all kinds of actions by private (or privatized) organizations outside the scope of judicial review. This is important to note since, starting from the era of Margaret Thatcher, the organization of the State in the UK has radically changed: privatization, contracting-out, self-regulation etc. have led to the performance of all kinds of activities by private bodies in what used to be the public domain. In order to bring these kinds of activities within the scope of judicial review the courts have adopted the so-called ‘public function’-test: if a body is exercising a public function, then its actions are amenable to judicial review. The notion that the exercise of a public function is an important reason for the qualification of a case as one of public law is even laid down in rule 54(1) CPR as it states that ‘a claim for judicial review means a claim to review the lawfulness of a decision, action or failure to act in relation to *the exercise of a public function*’ (emphasis added). However, the ‘public function’-test has not taken the place of the ‘source-of-power’-test.

The case law shows that the courts are using several tests to determine whether a private body is exercising a public function. We have found the following:

- the ‘but-for’-test;
- statutory underpinning;
- extensive or monopolistic powers;
- absence of consensual submission;
- public funding;
- public functions in other countries;
- public interest (albeit that this predominates in Northern Ireland rather than in England);
- the impact on the court’s case load.

The ‘but-for’-test and ‘statutory underpinning’ appear to be the more important ones among these tests.

In the Netherlands similar tests exist for determining whether a body is exercising a public function. Discussions as to which tests should be used are more or less the same as in English law. Moreover, the position of the public function test in both systems is comparable:

a supplementary test in relation to the statute test. Nevertheless, there are some differences: in Dutch law the public function test expressly relates to the acts of both core and hybrid public authorities, while in English law the public function test is merely used for classifying acts of private bodies.

An important and interesting discussion concerns the relation between, on the one hand, the 'public function'-test and its aim to bring private bodies within the scope of judicial review and, on the other, the constitutional position of judicial review, which traditionally lies within the 'sovereignty of Parliament' and in which judicial review is a mechanism by which the courts can only determine if a body is acting 'ultra vires'. From the perspective of the sovereignty of Parliament it is difficult to justify the finding that the non-statutory actions of private bodies are amenable to judicial review. This kind of criticism of the public function test can also be heard from Dutch constitutional lawyers. Despite the differences between the two systems, the mutual point of criticism is the way in which Administrative Courts have created their jurisdiction to review non-statutory actions.

A hardly inevitable next step in the rise of the distinction between public and private law is of a more substantive character. When distinct judges determine distinct classes of cases it is not far-fetched to expect that they will start developing their own set of rules. Therefore, public law cases are increasingly being judged by their own set of public law rules. This is most clearly the case with the Human Rights Act, but the development of substantive and procedural rules is much broader.

A central position in the Human Rights Act is taken by the concept of 'public authorities'. The HRA does not provide a general definition of 'public authorities', but it describes what a 'public authority' *includes*. Important for our subject is section 6(3)(b) HRA according to which the concept of a public authority includes 'any person certain of whose functions are functions of a public nature...'. Under the HRA there are two classes of public authorities: 'core public authori-

ties', which are not further defined in the HRA, and 'hybrid public authorities'. In Dutch law a comparable distinction is made in the General Administrative Law Act. Core public authorities fall within the scope of the HRA concerning all their actions; it is not necessary to qualify their actions as public or private. Private bodies, on the other hand, fall within the scope of the HRA in as far as they can be qualified as hybrid public authorities: this is the case when they are, and only in as far as they are, exercising 'a function of a public nature'.

There is less case law on the question whether a body is exercising a function which is of a public nature in the context of the HRA than there is on the 'public function'-test in the context of judicial review. However, the discussion as to the applicability of a variety of tests concentrates on the following:

- the exercise of statutory powers;
- public funding;
- regulation by the State;
- governmental responsibility; taking the place of core public authorities;
- the exercise of a public service in the public interest;
- risk of breaching human rights.

Although there is a certain similarity between the tests in the context of a judicial review and the tests in the context of the HRA, the concept of the 'public function' in both contexts should not be identified as wholly equivalent. An important point to be noted is that the test as to whether a body is exercising a function of a public nature in the context of the HRA is only relevant for the so-called hybrid public authorities. As we have seen in the context of judicial review, reading the CPR at first sight gives the impression that the public function test is a general test which should always be applied when determining matters of amenability to judicial review. If that would be the case, it would lead to the conclusion that all activities carried out by core public authorities which are amenable to judicial review are actually to be qualified as exercising a public function. From this point of

view a logical argumentation would be that the transfer of activities from a core public authority to a private body does not change the public function character of this activity. However, this was not the conclusion of the House of Lords in the *YL* case in 2007. Therefore, there are two kinds of possible conclusions. Either the CPR test of the public function appears not to be the general test that is suggested (evidence for this conclusion is that it is seldom used in cases where core public authorities act on a statutory basis) or the meaning of 'public function' in the context of judicial review is different from the meaning of 'function of a public nature' in the HRA. Whatever the right conclusion may be, the *YL* case has generated a great deal of criticism as to the House of Lords' explanation of the 'function of a public nature'. It is interesting that the argumentation is partly of a dogmatic and partly of a more political and pragmatic character.

Apart from the discussion as to the exact meaning of the public function test for judicial review and the applicability of the HRA, it is important to note that the scope of public law is not (or no longer) merely determined by an institutional approach but also by a more functional approach. Therefore, the public-private law divide has become linked to the governance approach which focuses on the *function of governance* performed by governmental and non-governmental institutions. The importance of this approach can hardly be overestimated since, as we have already seen, the organization of the British State has radically changed from the 1980s onwards. This governance approach also shows some new dimensions for distinguishing between public and private: the extent of public accountability and the democratic legitimacy of the actions performed by non-governmental bodies. These new dimensions have received less attention in the public-private debate to date.

We can now conclude that the rise of the public-private law divide started in a formal context (judicial review; which proceedings are available?). The next step has been more substantive: the applicability of public law standards. The way in which the distinction between public and private law is drawn is sometimes unpredictable and

whimsical and the consequences of the division, especially the substantive part, are still not totally calculable. But English law is nevertheless abandoning Dicey's heritage. By the way, Dicey's fear that the adoption of the concept of public law would be favourable to the government has not turned out to be true. Although some elements of the procedure for judicial review do tend to favour the government (especially the stricter time-limits for commencing proceedings and the need to obtain permission to proceed), public law calls for higher standards to be met.

Now we have come to the point of evaluating the rise of the public-private law divide. There are mainly three positions in this evaluation. Firstly, the position of rejecting the distinction between public and private law. The dominant factor in this position is the contested borders of public and private law and the uncertainty it causes. Secondly, there is the position of accepting the inevitability of the distinction, given the desire to create a separate type of proceedings for public law cases. Finally, a third position is taken by those who accept the distinction between public and private law, but who are questioning whether the boundaries between public and private law are being put in the right place and are based on the correct grounds: Are the tests which have emerged from the case law the right ones? Should the legal doctrine develop other criteria for the distinction? We, as continental lawyers, prefer this third position.

An important reason for this preference is that in our view the distinction between public law and private law should not be a strict and universal one. Distinguishing between public law and private law can be done for various reasons. The criteria that can be used for the distinction depend on the goal aimed at by making this distinction. This leads to a distinction which is multifunctional and contextual. We prefer this approach to the public-private law divide.



# BIJLAGEN





# WET- EN REGELGEVING

## CIVIL PROCEDURE RULES (UITTREKSEL)

### Judicial review

#### *Scope and interpretation*

#### 54.1

- (1) This Section of this Part contains rules about judicial review.
- (2) In this Section –
  - (a) a ‘claim for judicial review’ means a claim to review the lawfulness of –
    - (i) an enactment; or
    - (ii) a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function.
  - (b) revoked
  - (c) revoked
  - (d) revoked
  - (e) ‘the judicial review procedure’ means the Part 8 procedure as modified by this Section;
  - (f) ‘interested party’ means any person (other than the claimant and defendant) who is directly affected by the claim; and
  - (g) ‘court’ means the High Court, unless otherwise stated.

(Rule 8.1(6)(b) provides that a rule or practice direction may, in relation to a specified type of proceedings, disapply or modify any of the rules set out in Part 8 as they apply to those proceedings).

*When this Section must be used*

## **54.2**

The judicial review procedure must be used in a claim for judicial review where the claimant is seeking –

- (a) a mandatory order;
- (b) a prohibiting order;
- (c) a quashing order; or
- (d) an injunction under section 30 of the Supreme Court Act 1981 (restraining a person from acting in any office in which he is not entitled to act).

*When this Section may be used*

## **54.3**

- (1) The judicial review procedure may be used in a claim for judicial review where the claimant is seeking –
  - (a) a declaration; or
  - (b) an injunction

(Section 31(2) or the Supreme Court Act 1981 sets out the circumstances in which the court may grant a declaration or injunction in a claim for judicial review)

(Where the claimant is seeking a declaration or injunction in addition to one of the remedies listed in rule 54.2, the judicial review procedure must be used)

- (2) A claim for judicial review may include a claim for damages, restitution or the recovery of a sum due but may not seek such a remedy alone.

(Section 31(4) of the Supreme Court Act sets out the circumstances in which the court may award damages, restitution or the recovery of a sum due on a claim for judicial review)

*Permission required*

**54.4**

The court's permission to proceed is required in a claim for judicial review whether started under this Section or transferred to the Administrative Court.

*Time limit for filing claim form*

**54.5**

- (1) The claim form must be filed –
  - (a) promptly; and
  - (b) in any event not later than 3 months after the grounds to make the claim first arose.
- (2) The time limit in this rule may not be extended by agreement between the parties.
- (3) This rule does not apply when any other enactment specifies a shorter time limit for making the claim for judicial review.



## HUMAN RIGHTS ACT 1998 (UITTREKSEL)

### Public authorities

#### *Acts of public authorities*

### Section 6

- (1) It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.
- (2) Subsection (1) does not apply to an act if –
  - (a) as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently; or
  - (b) in the case of one or more provisions of, or made under, primary legislation which cannot be read or given effect in a way which is compatible with the Convention rights, the authority was acting so as to give effect to or enforce those provisions.
- (3) In this section ‘public authority’ includes –
  - (a) a court or tribunal, and
  - (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature,  
but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.
- (4) In subsection (3) ‘Parliament’ does not include the House of Lords in its judicial capacity.
- (5) In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private.

- (6) 'An act' includes a failure to act but does not include a failure to –
  - (a) introduce in, or lay before, Parliament a proposal for legislation; or
  - (b) make any primary legislation or remedial order.

## VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

### *Engelse literatuur*

- Allison, J.W.F., *A Continental Distinction in the Common Law. A Historical and Comparative Perspective in English Public Law*, Oxford: Oxford University Press 1996.
- Allison, J.W.F., 'Variations of view on English legal distinctions between public and private', *CLJ* 2007, p. 698 e.v.
- Anthony, G., *Judicial Review in Northern Ireland*, Oxford: Hart Publishing 2008 (a).
- Anthony, G., 'Human Rights and the Public-Private Divide in the UK's Multi-level Constitution', in: P. Pavlopoulos & S. Flogaitis (eds.), *Multilevel Governance and the Administrative Reform in the 21<sup>st</sup> Century / Gouvernance multiniveau et réforme administrative au xx<sup>ième</sup> siècle*, London: Esperia Publications 2008 (b).
- Baldwin, R. & M. Cave, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford: Oxford University Press 1999.
- Baldwin, R., 'Is Better Regulation Smarter Regulation?', *PL* 2005, p. 485 e.v.
- Barnett, H., *Constitutional and Administrative Law*, 6<sup>th</sup> edn., Abingdon: Routledge-Cavendish 2006.
- Black, J., 'Constitutionalising Self-Regulation', *MLR* 1996, p. 24 e.v.
- Black, J., 'Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World', *CLP* 2001, p. 103 e.v.
- Bradley, A.W., K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14<sup>th</sup> edn., Harlow: Pearson Education Limited 2007.
- Cane, P., 'Accountability and the Public/Private Distinction', in: N. Bamforth, P. Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 247 e.v.
- Cane, P., *Administrative Law*, 4<sup>th</sup> edn., Oxford: Oxford University Press 2004.



- Craig, P., 'Contracting out, the Human Rights Act and the scope of judicial review', *LQR* 2002, p. 551 e.v.
- Craig, P., *Administrative Law*, 6<sup>th</sup> edn., London: Sweet & Maxwell 2008.
- Daintith, T., 'Regulation by Contract: The New Prerogative', *CLP* 1979, p. 41 e.v.
- De Smith's Judicial Review*, by H. Woolf, J. Jowell & A. Le Sueur, 6<sup>th</sup> edn., London: Sweet & Maxwell 2007.
- Dicey, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>th</sup> edn., London: Macmillan 1959.
- Drewry, G., 'The Executive: Towards Accountable Government and Effective Governance?', in: J. Jowell, D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, 6<sup>th</sup> edn., Oxford: Oxford University Press 2007, p. 185 e.v.
- Elliot, M., *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford: Hart Publishing 2001.
- Forsyth, C. (ed.), *Judicial review and the Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2000.
- Foucault, M., 'Governmentality', in: G. Burchell, C. Gordon & P. Miller (eds.), *The Foucault effect: Studies in Governmentality*, Chicago: University of Chicago Press 1991, p. 87 e.v.
- Foucault, M., *Security, Territory, Population, Lectures at the College de France 1977 – 1978*, Hampshire: Palgrave MacMillan 2007.
- Freedland, M.R., 'Government by contract and the public law', *PL* 1994, p. 86 e.v.
- Freedland, M., 'The Evolving Approach to the Public / Private Distinction in English Law', in: M. Freedland & J-B Auby (eds.), *The Public Law / Private Law Divide, Une entente assez cordiale?* Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 2006, p. 93 e.v.
- Harlow, C., '"Public" and "Private" Law: Definition without Distinction', *MLR* 1980, p. 241 e.v.
- Harlow, C., 'European Governance and Accountability', in: N. Bamforth & P. Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 79 e.v.

- Joint Committee on Human Rights, *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act* (Seventh Report of Session 2003-04), London: HMSO 2004, <http://www.parliament.uk/publications/committees.cfm>.
- Joint Committee on Human Rights, *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act* (Ninth Report of Session 2006-07), London: HMSO 2007, <http://www.parliament.uk/publications/committees.cfm>.
- Kirby, M., 'Judicial dissent – common law and civil law traditions', *LQR* 2007, p. 379 e.v.
- Koopmans, T., *Courts and Political Institutions. A Comparative View*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.
- Landau, J., 'Functional Public Authorities after YL', *PL* 2007, p. 630 e.v.
- Lewis, C., *Judicial Remedies in Public Law*, 3<sup>th</sup> edn., London: Sweet & Maxwell 2004.
- Maron, M., *The British Regulatory State. High Modernism and Hyper-Innovation*, Oxford: Oxford University Press 2003.
- Morris, G.S. & S. Fredman, 'The costs of exclusivity: public and private re-examined', *PL* 1994, p. 69 e.v.
- Oliver, D., *Common Values and the Public-Private Divide*, London: Butterworths 1999.
- Oliver, D., 'Functions of a public nature under the Human Rights Act', *PL* 2004, p. 329 e.v.
- Rhodes, R.A.W., *Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Berkshire: Open University Press 1997.
- Rhodes, R.A.W., 'Governance and Public Administration', in: J. Pierre (ed.), *Debating Governance. Authority, Steering, and Democracy*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 54 e.v.
- Tanney, A., 'Procedural exclusivity in administrative law', *PL* 1994, p. 51 e.v.
- Teubner, G., 'After Privatization? The Many Autonomies of Private Law', *CLP* 1998, p. 393 e.v.

- Thompson, K. & B. Jones, 'Administrative Law in the United Kingdom', in: R. Seerden (ed.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, 2<sup>th</sup> edn., Antwerpen – Oxford: Intersentia 2007, p. 221 e.v.
- Turpin, C. & A. Tomkins, *British Government and the Constitution*, 6<sup>th</sup> edn., Cambridge: Cambridge University Press 2007.
- Wade, H.W.R. & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 9<sup>th</sup> edn., Oxford: Oxford University Press 2004.
- Woolf, Lord, 'Droit public – English style', *PL* 1995, p. 57 e.v.
- Woolf, Lord, Access to Justice; *The Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London: HMSO 1996, <http://www.dca.gov.uk/civil/final/>.
- Yeung, K., Competition Law and the Public / Private Divide, in: M. Freedland & J-B Auby (eds.), *The Public Law / Private Law Divide, Une entente assez cordiale?* Oxford: Hart Publishing 2006, p. 131 e.v.

#### *Nederlandse literatuur*

- Addink, G.H., 'Algemene beginselen van goed bestuur en de toepassing door de Algemene Rekenkamer', *NTB* 2005, p. 169 e.v.
- Besemer, J.W.J., 'Horizontaal verantwoorden', *NTB* 2007, p. 195 e.v.
- Ettekoven, B.J. van & B.J. Schueler, "Een ramp, een absolute ramp." Reacties op het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1998, p. 346 e.v.
- Freriks, A.A., 'Private handhaving – bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel en A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 163 e.v.
- Goorden, C.P.J., *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht*, diss. KUB, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Huls, N.J.H. & H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

- Jansen, A.M.L., 'Een "never ending story"? Opmerkingen over het onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen', *JBplus* 2005, p. 115 e.v.
- Kobussen, M.H., *De vrijheid van de overheid*, diss. KUB, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Kortmann, C.A.J.M., 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327-1328. Met reacties van Th.G. Drupsteen, K. Frielink en B.A.W. ten Holder en na woord Kortmann, *NJB* 1997, p. 1596-1599.
- Michiels, F.C.M.A., 'Het gelijk van Struycken', *NTB* 2008, p. 341 e.v.
- Nieuwenhuis, J.H., 'Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel', *RMThemis* 1997, p. 351-352.
- Ommeren, F.J. van, 'Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht. Het legaliteitsbeginsel en het zelfstandig schade- en terugvoordingsbesluit', *NTBR* 1998, p. 115 e.v.
- Ommeren, F.J. van, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Staatsrechtconferentie 2002, Deventer: Kluwer 2003, p. 135 e.v.
- Peters, J.A.F. & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
- Peters, J.A.F., 'De publieke taakjurisprudentie is dood. Leve de publieke taakjurisprudentie!', *JBplus* 2004, p. 69 e.v.
- Peters, J.A.F., 'Zelfregulering en rechter', *JBplus* 2007, 186 e.v.
- Prakke, L., 'Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland', in: L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, 6<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 841 e.v.
- Sap, J.W. & B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Staatsrechtconferentie 2002, Deventer: Kluwer 2003.
- Verheij, N., 'Publiekrecht en Privaatrecht in Engeland: Singin' the Continental Blues', *NTB* 1990, p. 1 e.v.
- Waard, B.W.N. de, 'Engeland & Wales', in: B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak (Algemeen*

- bestuursrecht* 2001), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 151 e.v.
- Zijlstra, S.E., *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. EUR), Den Haag: VUGA 1997.
- Zijlstra, S.E., De grenzen van de overheid, in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel en A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 9 e.v.
- Zijlstra, S.E., R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- Zwart, T., 'De republiek der rechters?', in H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Staatsrecht conferentie 1998, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 87 e.v.

## JURISPRUDENTIEREGISTER

### *Verenigd Koninkrijk*

Anisminic v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147	61
Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank [2003] UKHL 37; [2004] 1 AC 546	74, 78, 81, 83, 85, 94
Aston Cantlow (Court of Appeal) [2001] 3 WLR 1323	78
Clark v University of Lincolnshire and Humberside [2000] 1 WLR 1988	37
Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service [1985] AC 374	44
Douglas v Hello! Ltd. [2002] 2 WLR 992	70
Mullins v The Board of Appeal of the Jockey Club [2005] EWHC 2197	54
O'Reilly v Mackman [1982] 3 WLR 1096; [1983] 2 AC 237	34, 38, 101, 104, 121, 130
Pepper (Inspector of Taxes) v Hart [1993] AC 593; [1992] 3 WLR 1032	78
Poplar Housing & Regeneration Community Association v Donoghue [2001] EWCA Civ 595; [2002] QB 48	78
R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan [1993] 1 WLR 909	46, 50, 55, 88
R v East Berkshire Health Authority, ex parte Walsh [1985] QB 152	35, 38
R v Hampshire Farmers Markets, ex parte Beer (t/a Hammer Trout Farm) [2004] 1 WLR 233	46, 84, 96, 98
R v Leonard Cheshire Foundation, ex parte Heather [2002] ECWA Civ 366; [2002] HRLR 30	78, 88, 96, 98
R v Lewisham LBC, ex parte Shell UK [1988] 1 ALL ER 938	46

R v Lough Neagh Fishermen's Co-operative Society, ex parte Allan Kirckpatrick [2004] NIJB 15	52
R v Lough Neagh Fishermen's Co-operative Society, ex parte Patrick Wylie [2005] NIQB 2	56
R v North and East Devon HA, ex parte Coughlan [2001] QB 213; [2000] 2 WLR 622	98
R v Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc [1987] QB 815	15, 17, 42, 46, 48, 50, 52, 53, 57, 96
R v Servite Houses, ex parte Goldsmith [2001] 33 HLR 35	78, 96, 98
R v the Army Board, ex parte McBride [1999] NI 299	56
Trustees of the Dennis Rye Pension Fund v Sheffield CC [1998] 1 WLR 840	37
YL v Birmingham City Council [2007] UKHL 27; [2007] 3 WLR 112	74 e.v., 81, 82, 83, 85, 87, 89, 94, 96, 97, 125, 134

### *Nederland*

KB 22 december 1988, AB 1989, 490 m.nt. BJvdN (Hilversum)	47
ARRvS 1 december 1977, AB 1978, 208 m.nt. M. Scheltema (Groningse Waterleidingbuizen)	51, 60
ARRvS 14 juni 1984, BR 1985, p. 19 e.v. m.nt. J. Wessel	51
Vz. ARRvS 18 mei 1993, AB 1994, 333 m.nt. SZ (Pinkpop)	84
ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498 m.nt. G.A. van der Veen; AB Klassiek (2003), nr. 32 m.nt. G.A. van der Veen (Long Lin)	2, 60
ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra; AB Klassiek (2003), nr. 34 m.nt. G. Overkleef-Verburg (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers)	2, 55, 59, 82, 84
ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474 m.nt. AFMB (Schiphol)	53, 59
ABRvS 13 maart 1997, AB 1997, 237 m.nt. GC	30

ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB; AB Klassiek (2003), nr. 40 m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop)	35
ABRvS 11 mei 1998, AB 1998, 298 m.nt. M.J. Jacobs (Bijdrage kosten bedrijfsverplaatsing)	51
ABRvS 17 juli 2000, AB 2000, 446 m.nt. BPV (Bijzonder onderwijs)	59
ABRvS 8 augustus 2001, AB 2002, 51 m.nt. SZ (Gerechtsdeurwaarder)	58
ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 114 m.nt. NV (Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp)	54
ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 10 m.nt. NV (Stichting MS projecten)	54
ABRvS 24 december 2003, JB 2004, 82 m.nt. Hans Peters	54
ABRvS 3 maart 2004, AB 2004, 241 m.nt. GAvdV (Noordzeekanaal)	49
HR 28 februari 1997, AB 1997, 314 m.nt. ThGD (SKV I)	84
HR 10 december 1999, NJ 2000, 8 (SKV II)	84
HR 20 december 2002, AB 2003, 344 m.nt. FvO (SKV III)	84
Pres. Rb. Den Haag 30 september 1994, AB/Awb-katern 1995, 40 (weigering verhuur standplaats)	1
Pres. Rb. Almelo 9 november 1994, AB/Awb-katern 1995, 90 (weigering verkoop bouwkaavel)	1
Pres. Rb. Breda 5 januari 1996, AB 1996, 111	51
Pres. Rb. Maastricht 26 april 1996, JB 1996, 133 m.nt. HJS	51
Pres. Rb. Utrecht 9 oktober 1997, JB 1997, 287 m.nt. RJNS	51





## TREFWOORDENREGISTER

Aansluitverplichting	53, 122
<i>Accountability</i>	18, 104, 108, 111, 114, 116, 119, 126
<i>Adjudicator</i>	22
Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	103, 107, 109, 115
<i>Audits</i>	18
Beroepstermijn	26, 32, 37, 104
Bezwaarschriftprocedure	33
Burgerlijke rechter	14
<i>But-for-test</i>	49, 57, 61, 122, 123
<i>Certioari</i>	27
<i>Claim</i>	27
Connexiteit	60
<i>Constitutional statute</i>	68
Continental distinction	1, 100
Contract	44, 58, 65, 94, 109, 122
<i>Contracting-out</i>	16, 97, 105, 107, 111, 125
<i>Declaration</i>	25, 28, 32
Democratische legitimatie	18, 113, 119, 126
Deregulering	16, 97, 105, 107, 111, 125
<i>Dicey, A.V.</i>	10, 22, 104, 119, 127
Doorgeefluikfunctie	54
Doorverwijzen	36
Exclusiviteit	34, 101, 104, 121
<i>Full appeal</i>	23
Functionele benadering	3, 19, 44, 58, 98, 113, 125
<i>Functions of a public nature</i>	72, 75, 79, 80, 92, 96, 120, 124

<i>Good governance</i>	115
<i>Governance</i>	4, 111, 126
<i>Governmental reform</i>	16
Horizontale werking	69
<i>Human Rights</i>	67, 85, 86, 114, 123
<i>Injunction</i>	25, 28, 32
<i>Illegality</i>	12, 24
Institutionele benadering	3, 19, 98, 113, 120, 125
<i>Intra vires</i>	11
<i>Irrationality</i>	24
Klassieke overheid	60, 67, 72, 86, 92, 116, 122
Koninklijke prerogatieven	42
<i>Leave</i>	26, 27, 32
Legaliteitsbeginsel	43, 63
Machtenscheiding	12
Machtspositie	52, 122
<i>Mandamus</i>	27
<i>Mandatory order</i>	27, 31
Marktwerving	16
Mensenrechten	67, 85, 86, 114, 123
<i>Merits</i>	23
Multifunctionele benadering	108, 128
<i>Natural justice</i>	11, 63
<i>New Public Management</i>	16
<i>Ordinary court</i>	14
Overheidsbemoeienis	82, 124
Overheidsverantwoordelijkheid	83

<i>Panel</i>	22
<i>Permission</i>	27, 32, 33
<i>Point of law</i>	23
<i>Prerogatieve bevoegdheden</i>	43
<i>Prerogative order</i>	26, 31
<i>Prerogative remedy</i>	26, 31
<i>Private Act of Parliament</i>	42
<i>Privatisering</i>	16, 97, 105, 107, 111, 125
<i>Procedural impropriety</i>	24
<i>Prohibition</i>	27
<i>Prohibiting order</i>	27, 31
<i>Public authority</i>	67, 71, 124
<i>core</i>	67, 71, 92, 124
<i>hybrid</i>	67, 71, 95, 124
<i>functional</i>	67, 73, 95, 124
<i>Public element</i>	46
<i>Public funding</i>	54, 81, 123, 124
<i>Public interesttest</i>	55, 85, 123, 124
<i>Publiekrechtelijk element</i>	46
<i>Quashing order</i>	27, 31
<i>Queens bench division</i>	26, 121
<i>Rechterlijk verbod/bevel</i>	25
<i>Rechtssysteem</i>	5
<i>Regulatory reform</i>	16
<i>Remedy</i>	14, 25, 77, 120
<i>Rule of law</i>	10, 104
<i>Schadevergoeding</i>	14, 25, 26
<i>Statute-test</i>	41, 61, 122
<i>Statutory appeal</i>	23, 24, 120
<i>Statutory underpinning</i>	50, 57, 61, 122, 123
<i>Source-of-powertest</i>	41, 42, 61, 94, 119, 122
<i>Sovereignty of parliament</i>	11, 24, 62, 64, 68, 120

<i>Thatcher, Margaret</i>	16, 74, 111, 125
<i>Third Way</i>	16
Toestemming	27, 32
Transparantie	115
<i>Tribunal</i>	22
Uitbesteding	16, 97, 105, 107, 111, 125
<i>Ultra vires</i>	11, 14, 61, 63
Verantwoording	18, 104, 108, 111, 114, 116, 119, 126
Verklaring voor recht	25, 28
Verlengde-arm-redenering	84
Verlof	26, 27, 32
Verticale werking	69
Verzelfstandiging	16, 97, 105, 107, 111, 125
Vrijwillige aansluiting	53, 122
Wettelijke grondslag	42, 50, 61, 80, 113, 122
Zelfregulering	16, 97, 105, 107, 111, 125